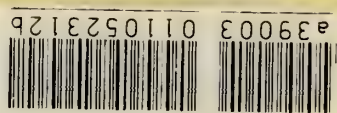


FA

25 SEP. 1995
07 OCT. 1995

Bibliothèques
Université d'Ottawa
Échéance

Libraries
University of Ottawa
Date Due



06 SEP. 1995

Commission de Réforme du Droit
Bibliothèque

JUN 23 1987

Law Reform Commission
Library



LA PREUVE

9. OUI-DIRE

Document préliminaire de la
Section de recherche sur le droit de la preuve

Mai 1973

130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

©
Information Canada
Ottawa, 1974
N° de cat.: J32-5/1974
Contract No. 03KT-19158-4-5003
Richelieu Graphics

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
INTRODUCTION	5
UNE FAÇON DE FORMULER LE PROJET DE LOI	9
COMMENTAIRE	11



Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
University of Ottawa

<http://archive.org/details/preuvedocumn9to12lawr>

INTRODUCTION

La règle de la preuve par ouï-dire a pour effet d'exclure la preuve de déclarations faites hors de la présence du tribunal lorsque cette preuve est offerte dans le but d'établir la véracité du fait sur lequel portent ces déclarations. La tradition du *common law* veut que celui qui a eu personnellement connaissance d'un événement en témoigne sous serment en présence du juge des faits et de la partie adverse, et puisse ainsi être contre-interrogé par cette dernière. On considère que ce témoignage a une plus grande valeur probante que le simple rapport d'un compte rendu des déclarations antérieurement faites en dehors du tribunal, par celui qui a personnellement eu connaissance du fait en question. La menace d'une poursuite pour parjure, la solennité de l'atmosphère de l'audience et la présence de la partie contre laquelle la déposition est rendue sont des garanties supplémentaires de la confiance à accorder à ce témoignage. De plus, l'observation du comportement du témoin lors de sa déposition permet d'aider le juge des faits dans son évaluation de la preuve.

La règle de la preuve par ouï-dire trouve son fondement dans la théorie du système accusatoire, qui reconnaît le droit de contre-interroger les témoins appelés par la partie adverse et de mettre ainsi leur crédibilité à l'épreuve. La description par un individu d'un événement passé peut être entachée d'inexactitude parce que soumise à cinq dangers: le danger qu'il n'ait pas eu personnellement connaissance de l'événement; le danger que sa perception de l'événement soit incorrecte; le danger que sa description de l'événement ne donne pas une impression fidèle de ce qu'il a perçu; le danger que les termes qu'il utilise pour le décrire soient ambigus et trompeurs; enfin, le danger qu'il ne donne pas une description sincère de celui-ci (Morgan, *Hearsay Danger and the Application of the Hearsay Concept* (1948), 62 Harv. L. Rev. 177). La réalité de ces dangers peut être établie au cours d'un contre-interrogatoire efficace. Or, l'adversaire n'a pas l'occasion de souligner le défaut de perception, de mémoire, de communication, le manque de sincérité du témoin ni de contester ses qualités à déposer sur des faits dont il a personnellement eu connaissance, si la description de ces faits n'est pas donnée au procès par celle-là même qui est censée en avoir eu personnellement connaissance, mais par une autre personne qui ne fait que rapporter la description qu'en a donnée la première.

De cette analyse du fondement de la règle de l'ouï-dire, on pourrait logiquement déduire que toute déclaration faite hors de la présence du tribunal devrait être exclue, si elle est présentée pour établir la véracité du fait en question. Tel n'est toutefois pas le cas puisqu'il existe à l'heure actuelle trente et une exceptions à cette règle. Aucune de ces dernières n'offre d'ailleurs de garanties suffisantes quant à la crédibilité de la preuve pour que l'on puisse affirmer que l'adversaire

est pleinement protégé contre les dangers mentionnés plus haut. Dès le 19^{ième} siècle, on a rationalisé l'existence de la plupart de ces exceptions, en invoquant d'une part la garantie indirecte qu'elles offraient du bien-fondé de la déclaration, et d'autre part la non-disponibilité de la personne qui a fait la déclaration. Ces exceptions existaient toutefois bien avant que l'on ne songe à les rationaliser. On soutenait que la règle de la preuve par ouï-dire visait à exclure les preuves dont la crédibilité ne pouvait être adéquatement évaluée par le jury. Lorsque la déclaration était faite dans des conditions favorisant sa crédibilité à un point qui, selon le juge des faits, pouvait lui conférer une valeur probante suffisante, il demeurait possible alors de l'admettre indépendamment de l'impossibilité pour l'adversaire de contre-interroger le témoin, et de montrer ses défauts de perception de mémoire, de communication. On considère à l'heure actuelle que la règle de l'ouï-dire, avec ses nombreuses exceptions, est le produit de théories contradictoires: le système accusatoire et la méfiance à l'égard de l'aptitude du juge des faits à bien apprécier la preuve. Aucun principe ne suffit à justifier à lui seul toutes les exceptions existantes. De plus, les raffinements jurisprudentiels apportés à la règle au cours des ans ont peu contribué à la rendre logique. Nombre d'exceptions n'ont qu'une valeur historique, et les tribunaux ont eu tendance à limiter leur application aux seules circonstances de faits dans lesquelles elles sont d'abord apparues et à considérer ainsi leur liste comme limitative. (Mais voir *Ares v. Venner* (1970), R.C.S. 608.) La création de ces exceptions par les tribunaux indique qu'ils croient malgré tout en la valeur probante de l'ouï-dire et que celui-ci doit être admis même s'il va à l'encontre des règles du système accusatoire. Toutefois, le développement aléatoire et byzantin des exceptions a eu pour effet de créer un ensemble de règles hautement techniques, parfois discordantes qui nécessite une réforme urgente.

Les désavantages de la règle de l'ouï-dire ont été bien énoncés par le Law Reform Committee anglais, dans son 13^{ième} rapport intitulé *Hearsay Evidence in Civil Proceedings*: Cmnd. 2694 (1967), p. 18, et repris par le 11^{ième} rapport du Criminal Law Revision Committee anglais, intitulé *Evidence in Criminal Cases*: Cmnd. 4991 (1972): (*traduction*)

«La règle interdisant l'ouï-dire comporte cinq désavantages. Premièrement, elle aboutit à une injustice, lorsque la personne qui aurait pu établir le fait en litige est décédée, ou ne peut être appelée comme témoin; deuxièmement, elle impose un fardeau additionnel dans la preuve de faits qui ne sont pas véritablement en litige; troisièmement, elle contribue grandement à technicaliser les règles de la preuve, compte tenu des nombreuses exceptions qui viennent s'ajouter à celles établies par le Evidence Act de 1938; quatrièmement, elle prive le tribunal d'éléments susceptibles de l'aider dans la découverte de la vérité; enfin, cinquièmement, elle embrouille souvent les témoins et les empêche de déposer d'une façon naturelle. Ces désavantages sont reconnus depuis longtemps. Il est grandement temps de s'y attaquer courageusement.»

Certes, il existe des divergences d'opinions sur l'orientation de la réforme de la règle de l'ouï-dire. Les règles de la preuve poursuivent des objectifs multiples, tels que la recherche de la vérité, la certitude des résultats, l'efficacité administrative du procès et la justice envers les parties. Puisque ces objectifs semblent entrer directement en conflit avec la règle de l'ouï-dire, les divergences d'opinions à ce sujet ne seront peut-être jamais résolues. (Voir Murray, *The Hearsay Maze: A Glimpse at Some Possible Exits* (1972), 50 C.B. Rev. 1.)

En tentant de justifier la règle et ses exceptions, nous nous sommes fondés sur le principe qu'un témoignage qui découle de la connaissance personnelle devrait toujours avoir préférence. La preuve par ouï-dire devrait malgré tout être admise lorsqu'elle constitue la seule preuve disponible, lorsqu'elle a été faite dans des circonstances qui tendent à assurer sa crédibilité, ou encore, lorsque le déclarant est présent et peut être contre-interrogé.

L'une des conséquences prévisibles de cette prise de position serait évidemment l'accroissement considérable des cas d'admissibilité de la preuve par ouï-dire. On peut avancer deux arguments contre la libéralisation de la règle, même lorsque cette preuve est la seule disponible et qu'elle peut être considérée comme aussi digne de foi que bien des preuves actuellement admises en vertu des exceptions à la règle.

On peut soutenir en premier lieu que le jury ne serait pas en mesure d'apprécier la valeur de la preuve et, qu'induit en erreur, il pourrait donc rendre un verdict de culpabilité en se fondant uniquement sur la valeur tenue de celle-ci. Lorsque la règle de l'ouï-dire a fait son apparition, les jurés étaient peut-être des illettrés et des ignorants, pour lesquels il était important d'avoir recours à des règles "mécaniques" leur permettant d'apprécier la preuve. De nos jours, ils sont habituellement des gens expérimentés et instruits, et certainement plus évolués dans leur façon d'apprécier la preuve et de prendre des décisions qu'ils ne l'étaient il y a 150 ans. Il est probable qu'ils se fondent eux-mêmes parfois dans leur vie quotidienne sur l'ouï-dire et qu'ils connaissent donc la différence entre la valeur à attacher à celui-ci et celle qui s'attache à des déclarations faites en leur présence, et dont ils peuvent personnellement vérifier la source. D'autre part, lorsque la preuve par ouï-dire est particulièrement peu digne de foi et de nature à induire le jury en erreur, le juge reste libre de l'exclure. Comme nous l'avons déjà noté dans d'autres études préliminaires, la section de recherche reconnaît l'existence, et propose la codification du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'exclure une preuve ayant une valeur probante minime en comparaison des risques que comporterait sa réception. En matière criminelle, si la preuve contre l'accusé repose seulement sur le "mince fil" d'une preuve par ouï-dire, le juge de première instance accueillera une requête de verdict dirigé. Si d'autre part le verdict du jury repose uniquement sur celle-ci, il sera sans doute infirmé en appel pour insuffisance de preuve.

Le raisonnement et les conclusions du Criminal Law Revision Committee anglais, viennent appuyer nos conclusions sur l'aptitude du jury à évaluer la preuve par ouï-dire: (*traduction*)

«Nous ne souscrivons absolument pas à l'opinion selon laquelle les jurés et les magistrats risqueraient d'accorder une importance démesurée à la preuve par ouï-dire et seraient ainsi trop portés à déclarer coupable ou à acquitter un accusé en se fondant sur celle-ci. Toute personne sensée comprend facilement qu'une preuve qui ne peut être soumise à l'épreuve d'un contre-interrogatoire a des chances d'être moins digne de foi qu'une preuve qui peut l'être. De toute façon, le juge peut toujours rappeler cette vérité aux jurés à propos de la preuve par ouï-dire, et, à l'occasion jugera peut-être utile de le faire au moment même où cette preuve est reçue. D'autre part, certaines preuves par ouï-dire convaincraient de toute façon, avec raison, n'importe qui. De plus, les jurés peuvent avoir à apprécier certaines preuves recevables en vertu des règles actuelles et qui sont peut-être plus difficiles à évaluer que la preuve par ouï-dire, par exemple, la preuve d'un comportement fautif antérieur». (11ième rapport, *Evidence (General)*: Cmnd. 4991 (1972).)

En second lieu, on peut s'opposer à l'extension des conditions de recevabilité de la preuve par ouï-dire en soutenant qu'elle augmenterait indûment les risques de préconstitution d'une preuve falsifiée. Ce risque est plus inquiétant dans le domaine pénal, où, soutient-on, la libéralisation de la règle de l'ouï-dire permettrait plus facilement à l'accusé de présenter une fausse preuve. Étant donné l'importance des intérêts en jeu pour l'accusé et le fait qu'il lui suffit de soulever un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité, on argumente qu'il pourrait se montrer peu scrupuleux dans ses manœuvres pour obtenir un acquittement. L'extension de la règle de l'ouï-dire lui permettrait ainsi de présenter le faux aveu d'une personne qui n'est pas disponible pour témoigner, ou d'invoquer un alibi uniquement fondé sur l'ouï-dire. La difficulté que soulève ce genre d'argument est que les règles de la preuve ne sont pas suffisamment raffinées pour protéger efficacement les tribunaux contre les dangers d'une preuve falsifiée. Dans l'évolution récente du droit de la preuve, on note une tendance de plus en plus marquée à s'éloigner du principe selon lequel les règles d'exclusion peuvent avoir un effet de prévention sur le parjure. De fait, la nécessité de protéger l'innocent dans les affaires criminelles, plaide fortement en faveur d'un rejet total de l'application de la règle de l'ouï-dire contre l'accusé. Cette conclusion est d'ailleurs conforme à l'opinion du professeur Morgan: *(traduction)*

«Si, à un moment donné de l'histoire, les règles d'exclusion ont empêché le parjure, ce n'est sûrement plus le cas aujourd'hui. Lorsqu'une partie est déterminée à commettre ou à se rendre complice d'un parjure et que son avocat est disposé à lui donner son appui ou à fermer les yeux, aucune règle d'exclusion ne réussira à les dissuader . . . Pareilles règles ne nuiraient qu'aux parties honnêtes; elles seules seraient privées de l'avantage qu'offre une preuve convaincante. Aucune méthode rationnelle ne peut sanctionner une règle d'exclusion destinée uniquement à entraver ou à empêcher les faux témoignages». (A.L.I. Model Code of Evidence (1942), p. 4.)

UNE FAÇON DE FORMULER LE PROJET DE LOI

Article 1. Définitions

(1) Déclaration

La déclaration est tout acte verbal ou tout comportement par lequel le déclarant entend communiquer sa conviction au sujet de l'existence d'un fait.

(2) Ouï-dire

L'ouï-dire est une déclaration, autre que celle faite par une personne rendant témoignage à son procès ou à l'audition, et présentée en preuve pour établir la véracité de la déclaration.

Article 2. Règle de la preuve par ouï-dire

La preuve par ouï-dire n'est pas recevable, en dehors des cas prévus par l'article 3 ou par quelque autre loi du Parlement du Canada.

Article 3. Exceptions à la règle de la preuve par ouï-dire

La règle de la preuve par ouï-dire n'exclut pas la preuve des déclarations suivantes:

(1) Non-disponibilité de l'auteur de la déclaration

La déclaration faite par une personne (1) décédée depuis ou qui n'est pas apte, en raison de son état physique ou mental, à comparaître comme témoin, ou (2) qui n'est pas présente à l'audition, lorsque celui qui veut présenter sa déclaration n'a pas pu s'assurer de sa présence par sommation ou par d'autres moyens raisonnables, ou (3) qui, présente à l'audition et pouvant être contrainte à témoigner pour le compte de la partie qui entend présenter sa déclaration en preuve, refuse d'être assermentée, à condition que cette inaptitude ou ce refus ne soit pas le fruit d'une tactique injuste de la part de celui qui veut présenter la déclaration, visant à empêcher la personne en question d'être présente ou de rendre témoignage.

(2) Disponibilité de l'auteur de la déclaration

La déclaration faite par une personne qui a été appelée ou doit être appelée à comparaître comme témoin à un procès ou à une audition, à moins que la déclaration ne soit faite dans le but de divulguer le témoignage que cette personne rendrait probablement dans une instance judiciaire en cours ou future.

(3) Admissions

La déclaration présentée contre une partie et qui constitue
a) sa propre déclaration,

- b) une déclaration que la partie a fait sienne ou à laquelle elle a souscrit par ses propres paroles ou par son comportement,
- c) une déclaration d'une personne autorisée par la partie à faire une déclaration sur la question,
- d) une déclaration du mandataire ou du préposé de la partie, relative à son mandat ou à ses fonctions, et faite pendant la durée du mandat ou de l'emploi, ou
- e) une déclaration d'une personne engagée dans une entreprise commune avec la partie, si elle est faite dans la poursuite de cette entreprise.

(4) Registres

- a) Une note de service, un rapport, un registre ou une compilation de données, portant sur des actes, événements, conditions, opinions ou évaluations, faits dans le cadre de l'accomplissement d'un devoir ou à une époque contemporaine de l'accomplissement d'un devoir, au cours d'activités régulières.
- b) Lorsque des renseignements ayant trait à un événement ne se trouvent pas dans les notes de service, rapports, dossiers ou compilations de données faits au cours d'activités régulières et que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils s'y trouvent, le tribunal peut, sur production de ceux-ci, les recevoir pour établir ce fait et en déduire que l'événement ne s'est pas produit ou n'existe pas.
- c) Il est possible de démontrer que les circonstances dans lesquelles ces notes de service, rapports, dossiers ou compilations de données ont été faits, y compris le défaut de connaissance personnelle de celui qui les a faits, influent sur leur valeur probante, mais ces circonstances ne peuvent avoir d'effet sur leur recevabilité en preuve.

(5) Ouvrages de doctrine

Les déclarations contenues dans des traités, périodiques ou revues, si elles sont reconnues comme faisant autorité par un témoin-expert dans le domaine auquel se rapporte cette documentation; sous réserve de la possibilité de demander à tout expert en ce domaine d'expliquer ces déclarations. Les déclarations ainsi reçues peuvent être versées au dossier mais ne constituent pas des pièces.

(6) Réputation

- a) Le renom antérieur d'une personne parmi ceux qui la connaissent personnellement ou de réputation, et,
- b) La commune renommée d'une personne, parmi les membres de sa famille, par le sang, par l'adoption, ou le mariage, parmi ses relations ou dans la communauté, relativement à sa naissance, son adoption, son mariage, son divorce, son décès, sa légitimité, sa parenté par le sang, par adoption ou par mariage, son ascendance ou quelque autre fait semblable ayant trait à son passé ou à celui de sa famille, et
- c) La notoriété antérieure dans une communauté concernant le bornage de biens fonciers ou les coutumes y afférentes et la notoriété d'événements de caractère historique d'importance pour la communauté, l'état ou la nation où ils se sont produits.

COMMENTAIRE

Article 1. Définitions

Article 1 (1) Déclaration

La règle de la preuve par ouï-dire dans son état actuel n'exclut pas seulement certaines déclarations orales et écrites. Elle permet également d'exclure la preuve du geste d'une personne, si par cet acte elle entendait affirmer quelque chose. Ainsi, un hochement de tête en réponse à une question comporte, sur le plan de la preuve, les mêmes dangers dont nous avons fait état plus haut qu'une déclaration orale négative faite par cette même personne en réponse à cette question. Dans ces conditions, la preuve d'un geste destiné à remplacer des paroles doit de toute évidence être traitée de la même façon que la preuve d'une déclaration verbale.

Toutefois, un acte ou un geste peut également tendre à prouver un fait, même si son auteur n'entendait pas par là confirmer l'existence de ce fait. Ainsi, un témoin peut déclarer, pour établir qu'il pleuvait à un moment donné, qu'il a vu "X" ouvrir son parapluie. Dans un tel cas, en général, le geste de "X" n'est pas posé dans le but d'affirmer qu'il pleut. Il constitue bien plus une réaction de "X" à la perception de son environnement.

Il est une question fort difficile sur laquelle la section des recherches espère avoir des commentaires: c'est celle de savoir si la preuve d'un acte ou d'un geste qui n'est pas posé dans le but de confirmer l'existence d'un fait doit être considérée comme du ouï-dire, lorsque présentée pour établir la croyance de cette personne quant à un fait particulier, et permettre ensuite que de cette croyance on tire comme déduction la véracité de ce fait. L'analyse classique de ce problème se retrouve dans l'arrêt *Wright v. Doe d. Tatham* (1837), 112 E. R. 488, qui a considéré cette preuve comme du ouï-dire. Étant donné toutefois la difficulté à l'identifier comme tel, avocats et juges sont rarement conscients du problème. (Comparer avec *Lloyd v. Powell Duffryn*, [1914] A. C. 733.)

Nous sommes arrivés à la conclusion que pour les fins de la présente étude, tout acte verbal ou non verbal qui n'était pas posé dans un but de communication ne doit pas être considéré comme un ouï-dire, même si la sincérité, la perception ou la mémoire de la personne en cause ne peut pas être mise à l'épreuve par le contre-interrogatoire. Cette absence d'intention minimise en effet les risques d'un manque de sincérité. Nous reconnaissons toutefois que la détermination de cette absence d'intention peut dans certains cas, soulever des difficultés, (voir Finman, *Implied Assertions as Hearsay: Some Criticism of the Uniform Rules of Evidence*

(1962), 14 Stan. L. Rev. 682). Le texte de loi proposé est donc formulé de façon à permettre la preuve de l'acte à moins que la partie adverse ne démontre que son auteur n'entendait, en agissant de la sorte, le poser dans un but de communication. Les risques d'erreur de perception et de mémoire sont réduits dans le cas d'un geste, puisque la personne fonde son comportement, et non simplement ses paroles, sur l'exactitude de sa conviction. Notre définition montre clairement que l'acte verbal qui n'est pas destiné à servir de communication (par exemple, le cri de douleur d'un homme qui souffre) est exclu du cadre de la règle proposée. Notons également que l'acte verbal destiné à servir de communication n'est pas visé par la définition lorsqu'il n'est pas destiné à confirmer le fait que l'on cherche ainsi à établir (voir *Ratten v. R.*, [1972] Cr. App. Rep. 18 (C. P.) et *Lloyd v. Powell Duffryn, Supra*). Selon notre proposition, l'acte qui n'est pas posé dans le but de confirmer un fait sera considéré comme une preuve circonstancielle de la conviction de la personne en question quant à l'existence de ce fait, et la force de la déduction à en tirer dépendra de la valeur probante de l'acte (voir McCormick, *Evidence* (1954), p. 479). Le juge de première instance jouit en plus du pouvoir discrétionnaire d'exclure cette preuve lorsqu'à son avis, le risque de créer un préjudice injuste l'emporte sur la valeur probante de l'acte.

Article 1 (2) Ouï-dire

Selon la définition, conforme au droit actuel, seules les déclarations présentées en preuve pour établir l'existence même du fait sur lequel elles portent sont considérées comme un ouï-dire. C'est seulement dans ce cas que la sincérité du déclarant, sa perception, sa mémoire ou sa relation du fait ont suffisamment d'importance pour pouvoir donner un caractère trompeur à la déclaration, lorsqu'elles ne peuvent pas être vérifiées par un contre-interrogatoire. Ainsi la preuve d'une déclaration extrajudiciaire, présentée à toute autre fin que celle d'établir la véracité du fait affirmé, ne constitue pas de l'ouï-dire. Aux termes de la définition législative proposée, conforme au droit actuel, les déclarations suivantes ne constitueraient pas un ouï-dire, étant présentées seulement pour établir que la déclaration a été effectivement faite: les déclarations portant sur les droits des parties; celles qui accompagnent et expliquent une transaction; celles qui tendent à prouver la connaissance de l'interlocuteur; et enfin, celles soumises comme preuve circonstancielle pour démontrer les sentiments ou l'état d'esprit du déclarant.

De plus, la définition et les exceptions proposées n'établissent aucune distinction entre l'ouï-dire au premier, au second ou au troisième degré. Les dangers bien connus inhérents à la répétition d'une déclaration orale, relatifs à la fidélité de la mémoire et du récit peuvent, sans nul doute, affecter la valeur probante d'une preuve par ouï-dire au second degré. Toutefois, comme notre façon d'aborder le problème le montre clairement, nous ne pensons pas que le droit de la preuve devrait, d'une façon générale, traiter de la question de la force probante, sauf lorsqu'il est absolument impossible de la déterminer. (Voir Glanville Williams, *The New Proposals in Relation to Double Hearsay and Records*, [1973] Crim. L. Rev. 139.)

Article 3. Exceptions

Article 3 (1) Non-disponibilité du déclarant

L'article 3 (1) change fondamentalement le *common law*. En effet, en *common law*, une déclaration faite par une personne qui ne peut témoigner au procès ne peut être reçue que si elle entre dans le cadre spécifique de l'une des exceptions à la règle de l'ouï-dire. En vertu du nouvel article au contraire, lorsque le déclarant n'est pas disponible pour rendre témoignage, toutes les déclarations pertinentes qu'il a faites sont recevables.

Lorsque celui qui a fait la déclaration n'est pas disponible pour rendre témoignage, sa déclaration qui constitue du ouï-dire reste souvent la meilleure et de fait l'unique preuve. Aucun des motifs traditionnellement invoqués pour exclure la preuve par ouï-dire ne nous paraît suffisamment convaincant pour justifier dans ce cas une exclusion absolue. Nous pensons également qu'il serait impossible d'énumérer les circonstances dans lesquelles la nécessité de recevoir une déclaration faite par une personne non disponible à rendre témoignage, doit contrebalancer la possibilité que la déclaration ne soit pas digne de foi. Nous sommes donc arrivés à la conclusion qu'il est préférable d'admettre en preuve toutes ces déclarations. Les dangers relatifs au témoignage ou autres dangers déjà mentionnés pourront sans doute avoir un effet sur le poids à accorder à la déclaration. L'impact de ces facteurs sur chaque cas particulier peut être mesuré avec plus de précision au moment de la réception de la preuve et, en tout cas, plus fidèlement que selon la règle actuelle qui tente de diagnostiquer à l'avance des événements futurs.

En Angleterre, le droit actuel admet dans les affaires civiles, les déclarations faites par une personne non disponible à rendre témoignage. Une recommandation semblable à la nôtre et visant à étendre cette règle aux affaires criminelles a été faite dans ce pays, sous réserve de deux restrictions:

1. Dans un procès par voie de mise en accusation, une déclaration n'est pas recevable en preuve en raison de la seule impossibilité de produire comme témoin celui qui l'a faite, à moins que la partie qui cherche à l'introduire ne donne avis de son intention de le faire et n'énonce les détails de la déclaration ainsi que le motif pour lequel le déclarant ne peut venir témoigner. English Criminal Law Revision Committee 11^{ième} rapport, *Evidence (General)*: Cmnd. 4991 (1972), para. 237, et 240 à 242.

2. Une déclaration prétendument faite par l'accusé après sa mise en accusation, à une personne qui n'est pas disponible comme témoin au procès, n'est jamais admissible en preuve. English Criminal Law Revision Committee, 11^{ième} rapport, *Evidence (General)*: Cmnd. 4991 (1972), para 237, et 240 à 242.

Ces deux exceptions ont été recommandées par le Criminal Law Revision Committee anglais à titre de garanties contre l'utilisation possible d'une preuve préfabriquée. Nous avons décidé cependant de ne pas en recommander l'adoption.

L'exigence de l'avis se justifie pour le comité anglais par le fait (traduction) ... "qu'il permet aux autres parties d'enquêter à la fois sur l'identité (et la crédibilité) de la personne qui aurait fait la déclaration et sur le contenu de celle-ci, et de déterminer s'il est vraiment impossible de la faire comparaître comme témoin" ... Para. 241.

Nous ne croyons pas utile de recommander l'adoption de cette règle, estimant plus sage d'attendre le rapport de la section de recherche sur la procédure pénale concernant la communication préalable de la preuve. Nous accueillerions cependant avec plaisir toute suggestion portant sur l'utilité pratique et l'opportunité d'adopter cette règle dans le contexte du droit pénal.

Nous ne pensons pas non plus que la seconde restriction mentionnée ci-haut devrait être retenue. Dans nos recommandations, nous avons toujours tenté d'éviter qu'une preuve ne soit irrecevable simplement parce qu'elle pourrait être fausse. Le Criminal Law Revision Committee anglais s'est inquiété du fait qu'un professionnel du crime, une fois accusé, pourrait fabriquer de toutes pièces une preuve tendant à le disculper, en faisant par exemple déclarer, par une personne, qu'elle a vu un autre individu que l'accusé commettre le crime et en s'arrangeant par la suite pour que cette personne ne soit pas disponible pour venir témoigner lors du procès. Mais cette seconde restriction peut donner naissance à de graves injustices. Dans certains cas, l'accusé peut en effet être vraiment obligé de fonder sa défense sur ce genre de déclarations. Il paraît plus logique dès lors d'admettre cette preuve tout en laissant au juge des faits le soin d'apprécier leur valeur probante, compte tenu de l'époque où elles ont été faites et des circonstances, plutôt que de décider a priori qu'elles sont toutes le fruit d'une préfabrication.

Notre règle générale d'exception étant acceptée, il apparaît alors inutile de codifier séparément les cas d'exceptions du *common law* dont la recevabilité dépend dans le droit actuel de la non-disponibilité du déclarant: déclarations d'une personne décédée depuis; déclarations contre l'intérêt de celui qui les fait; déclarations faites dans l'exercice d'une fonction; déclarations ayant trait à des droits publics ou généraux; déclarations ayant trait à la réputation; déclarations d'une personne quant au contenu de son testament et déclarations portant sur des témoignages antérieurs.

Si notre proposition n'est pas jugée acceptable, nous aimerions que le lecteur nous donne son avis sur la solution de rechange suivante: les exceptions présentement admises par le *common law*, dont la recevabilité dépend de la non-disponibilité du déclarant comme témoin seraient codifiées. De plus, le juge de première instance aurait le pouvoir d'apprécier les dangers de la preuve par ouï-dire en se plaçant dans la perspective de la partie adverse, et de les évaluer par rapport à l'intérêt qu'a l'autre partie de le faire admettre dans chaque cas particulier. Il aurait alors le pouvoir d'admettre une preuve par ouï-dire lorsque, compte tenu des conditions dans lesquelles la déclaration a été faite, les dangers de son admission sont minimes, eu égard à la nécessité d'entendre cette preuve.

Article 3 (2) Disponibilité de l'auteur de la déclaration

Dans l'état actuel du droit, les déclarations extrajudiciaires antérieures au procès peuvent être reçues pour étayer ou contester la crédibilité de celui qui les a faites. Elles ne peuvent pas toutefois être utilisées pour prouver la vérité du fait en question. Nous croyons qu'à cet égard la règle du ouï-dire est trop stricte et ne tient pas suffisamment compte des motifs qui la justifient. Elle ne constitue de plus qu'une aide très restreinte au juge des faits quant à l'utilité de la déclaration, aide qui n'est tout au plus que le fruit d'un simple rituel verbal (voir le Document préliminaire no 3 sur la crédibilité). Celui qui a fait la déclaration est présent comme témoin

et peut être contre-interrogé. Comme l'a fait remarquer le savant juge Hand, s'il admet se rappeler du fait relatif à la déclaration, le contre-interrogatoire portant sur la déclaration antérieure et sur le témoignage qu'il donne au procès sont suffisants pour exposer les risques que comporte normalement l'ouï-dire.

«Lorsque, ayant entendu la déposition de témoin, le jury conclut que le témoin ne dit pas la vérité, mais que c'est la déclaration antérieure qui est véridique, il se fonde néanmoins sur ce qu'il voit et entend devant le tribunal». (*DiCarlo v. U.S.* (1925) 6 F. 2d 364, 368).

Lorsque le témoin nie avoir eu connaissance du fait sur lequel porte la déclaration, la nécessité d'entendre cette preuve est tout aussi grande que s'il n'était pas disponible. Dans ce cas, cependant, le juge des faits est mieux placé pour évaluer la déclaration puisqu'il a devant lui non seulement le témoin qui donne un compte rendu de la déclaration, mais également la personne qui l'aurait faite; le juge des faits peut ainsi décider lequel des deux il doit croire.

En vertu de l'exception à la règle de l'ouï-dire énoncée à l'article 3 (2), toute déclaration antérieure d'une personne qui a été ou doit être appelée comme témoin peut être admise comme preuve de son contenu, et pas seulement comme preuve tendant à attaquer ou appuyer la crédibilité du témoin. Le juge de première instance a naturellement le pouvoir discrétionnaire d'exclure une déclaration lorsqu'il estime que des considérations tenant à l'époque où elle a été faite, au préjudice qu'elle cause ou à son caractère superflu, l'emportent sur sa valeur probante. (voir Document préliminaire no 3 sur la crédibilité). On peut également invoquer les raisons suivantes à l'appui du changement proposé: la règle actuellement en vigueur aboutit souvent à l'exclusion d'une preuve pertinente; la règle proposée protège la partie contre les témoins "girouettes"; une déclaration extrajudiciaire est souvent plus digne de foi qu'une déclaration faite au cours du procès, puisque la première est faite à une époque plus rapprochée de l'événement qui est donc plus frais à la mémoire du témoin, et qu'elle a pu être faite avant que le témoin ne puisse être influencé par les parties ou par des événements subséquents; le déclarant étant devant le tribunal, sa crédibilité et la valeur de sa déclaration antérieure peuvent être appréciées par le juge des faits; il n'est pas réaliste de croire que le juge des faits puisse se conformer à la directive voulant que la déclaration ne doit être utilisée que pour réfuter la crédibilité du témoin, et non pas à titre de preuve du contenu de la déclaration; la règle actuelle défavorise uniquement la partie qui a le fardeau de la preuve; le juge peut toujours apprécier la suffisance de la preuve et veiller ainsi à ce que le jury n'accorde pas trop d'importance à une déclaration antérieure contradictoire; enfin, le droit dans son état actuel peut porter le juge des faits à se baser sur des déclarations extrajudiciaires moins dignes de foi que celles qui seraient admises en vertu du nouveau droit.

Nous avons, dans le Document préliminaire no 2 (la forme de l'interrogatoire) établi la distinction entre l'écrit utilisé en vue de rafraîchir la mémoire et celui qui constitue la consignation d'un événement passé. Selon l'article 3 (2) proposé, lorsqu'un témoin identifie un écrit comme ayant été antérieurement fait par lui mais avoue qu'il ne lui est d'aucune utilité pour raviver ses souvenirs, la déclaration antérieure est néanmoins admissible comme preuve de la véracité de l'événement en question, sans qu'il y ait nécessité de s'en remettre à la fiction voulant que l'écrit serve à rafraîchir la mémoire.

Ainsi, un témoin peut déposer qu'auparavant, à un moment où les faits étaient frais à sa mémoire, il a noté le numéro de la plaque minéralogique du véhicule impliqué dans l'accident; même s'il ne parvient pas à se le rappeler lors du procès, la preuve de ce numéro serait admise en vertu de l'article proposé. Le témoin peut être contre-interrogé quant à l'exactitude avec laquelle il a noté le numéro. Les circonstances entourant la déclaration antérieure pourront avoir un effet sur le poids à accorder à cette preuve, mais non à sa recevabilité.

L'article proposé permet également de prouver une conversation extra-judiciaire entre le témoin et un autre témoin, et ce, d'une façon beaucoup plus naturelle et significative qu'à l'heure actuelle. En vertu des règles actuelles, le témoin est généralement autorisé à déposer au sujet de ce qu'il a dit à "X" et de son comportement à la suite de ce que lui a dit "X", mais n'est pas autorisé à rapporter ce que "X" lui a dit; c'est ce dernier seul qui peut témoigner à ce sujet. Les objections formulées au cours du procès sont souvent source de confusion pour le témoin et entraînent des interruptions inutiles.

L'un des dangers de la réception au cours du procès de déclarations antérieures est que le témoin ne prépare minutieusement, avant le procès, une déclaration écrite et ne se serve ensuite exclusivement de celle-ci. Cet état de chose irait à l'encontre du principe du "déroulement oral" du débat judiciaire. Il permettrait aussi d'éviter la règle relative à l'interdiction de poser des questions suggestives à l'interrogatoire principal et permettrait à un témoin de mauvaise foi de présenter une histoire cohérente et plausible qu'il lui aurait été souvent impossible de soutenir au cours d'un interrogatoire principal. Pour éviter ces dangers, nous avons prévu que cet article ne s'appliquerait pas à une déclaration faite dans le but d'exposer ce qu'une personne aurait normalement dit lors de sa comparution dans l'instance en cours ou dans une instance éventuelle.

Article 3 (3) Admissions

Le droit actuel admet en preuve des déclarations extrajudiciaires faites par l'une des parties, lorsqu'elles sont offertes par l'adversaire pour réfuter la preuve présentée par le déclarant. Ces déclarations sont connues sous le nom d'admissions et sont considérées comme constituant une exception à la règle du ouï-dire.

Le nouveau texte de loi proposé a conservé l'expression «admissions». Toutefois, contrairement aux autres exceptions à la règle de l'ouï-dire, leur admissibilité en preuve n'a jamais été justifiée en se basant uniquement sur un argument de nécessité ou sur le fait qu'elles ont été faites dans des conditions qui garantissent leur bien-fondé. De fait, dans l'état du droit actuel, ces admissions peuvent être reçues en preuve, même si elles n'allaient pas à l'encontre des intérêts de la partie au moment où elles ont été faites (4 Wigmore, *Evidence*, sec. 1048; *Falcon v. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K. B. 474, 489 et même si la partie n'a pas eu personnellement connaissance du fait ainsi admis. (*Stowe v. Grand Trunk Ry.* (1918), 39 D. L. R. 127 (Alta C. A.).) Ces admissions sont donc reçues non pas parce qu'elles apparaissent dignes de foi, en l'absence d'un témoignage sous serment et d'un contre-interrogatoire, mais plutôt à cause de la nature même du système accusatoire. Selon ce système, en effet, une partie peut difficilement se plaindre qu'elle n'a

pas eu l'occasion d'être contre-interrogée au sujet d'une déclaration qu'elle a faite, ou exiger que sa propre déclaration soit faite sous serment, ou encore affirmer que celle-ci n'est pas digne de foi.

Le paragraphe a) contient la règle fondamentale en la matière. L'aveu n'est qu'une espèce particulière d'admission et les autres conditions de son admissibilité en preuve seront examinées dans un autre document. Les quatre autres paragraphes énumèrent quatre genres de déclarations qui, en *common law*, peuvent être reçues en preuve à titre d'admissions, en raison de la suffisance des garanties entourant la personne de celui qui les fait.

Le paragraphe b) énonce les règles du droit positif actuel (*R. v. Christie*, [1914] A. C. 545; *Chapdelaine v. The King*, [1935] R. C. S. 53). Peut être traitée comme admission la déclaration émanant d'une partie qui, expressément ou tacitement, la fait sienne. Le fait de garder le silence, à l'égard d'une accusation, peut être considéré comme une reconnaissance du bien-fondé de celle-ci et motiver ainsi la réception en preuve de la déclaration. Le silence peut cependant se justifier par d'autres considérations et l'accusé qui exerce son droit de ne rien dire devant la police en présence d'accusations portées contre lui ne devrait en subir aucun préjudice (voir *R. v. Eden*, [1970] 2 O. R. 161 (C. A.); *Miranda v. Arizona* (1966), 384 U. S. 436, 468 et *Cross, Evidence*, 3d ed., 40; mais voir *R. v. Fagnoli*, [1957] O. R. 140 (C.A.) et *R. v. Cripps* (1968), 3 C. R. N. S. 367 (B. C. C. A.)). Pour qu'une déclaration soit recevable, il doit exister une preuve permettant de soutenir le fait qu'elle a été acceptée par la partie, même si depuis l'arrêt *Christie* (*Supra*), les tribunaux n'ont pas toujours exigé la présentation de cette preuve avant la réception de cette déclaration. Le texte proposé est formulé de façon à refléter toutefois ce qui nous semble être la meilleure règle à suivre. (*Chapdelaine v. The King*, *Supra* et *R. v. Harrison*, [1946] 3 D. L. R. 690 (B. C. C. A.)), à savoir qu'une preuve de soutien préalable soit présentée antérieurement à la réception de la déclaration, pour éviter que l'accusé n'en souffre préjudice.

Lorsqu'une partie autorise expressément une autre personne à faire une admission en son nom, il est logique de considérer celle-ci comme une admission faite par la partie elle-même. C'est la règle qu'édicte le paragraphe c). A l'heure actuelle, l'autorisation implicite de faire une admission est parfois déduite de l'existence d'une relation de mandant à mandataire ou de commettant à préposé, mais elle reste soumise à des conditions tellement strictes que celles-ci ont pour effet la plupart du temps, d'exclure la déclaration. Pour être admise en preuve contre le commettant, la déclaration doit avoir été faite par un préposé agissant dans l'exercice de ses fonctions et au cours de la durée de son emploi. Parfois les tribunaux ont également exigé, que la déclaration de l'agent fasse partie du *res gestae*, ou de l'acte posé (*Confed. Life v. O'Donnell* (1886), 13 S. C. R. 218; *Bourgoin v. Sullivan*, [1942] B. R. (Qué.) 593 (C.A.)), bien que selon certains, il s'agisse là d'une confusion entre deux principes distincts. (4 Wigmore, *Evidence*, sec. 1078.) L'évolution du droit en ce domaine s'est faite en maintenant une analogie avec les règles de fond de la représentation. Selon celles-ci, le représenté est responsable des actes de son représentant; le maintien de cette analogie a empêché la réception en preuve de descriptions données par le premier au sujet d'actes accomplis dans le passé, au prétexte qu'elles ne constituaient qu'un "simple compte rendu" (*Confed. Life v. O'Donnell*, *Supra*). Il en a été

de même quant aux déclarations d'un représentant au représenté, par opposition à celles que ce dernier aurait faites pour le compte du premier (Cross, *Evidence*, 3d ed. 442). La tendance actuelle aux États-Unis, est d'écarter ces diverses restrictions (McCormick, *Evidence*, 2d ed., 639, *Proposed Federal Rules of Evidence*, R. 801, (d) (2) (iv); et voir le juge Laskin, dissident, dans l'arrêt *R. v. Shand Electric Ltd.*, [1969] 1 O. R. 190 (C.A.)). La section de recherche sur la preuve souhaite une libéralisation de la règle de l'ouï-dire et c'est dans cet esprit qu'elle a conçu les paragraphes c) et d) du Projet. Analysant un arrêt ancien qui avait décidé que l'exception ne s'appliquait qu'aux déclarations faites par le représentant; (*traduction*)... «dans les limites du pouvoir du représenté de parler au nom du représentant», Wigmore fait le commentaire suivant:

«...il est absurde de décider qu'un surintendant peut rendre son employeur responsable s'il gère mal l'usine de celui-ci, mais que les tribunaux ne peuvent pas admettre en preuve des déclarations relatives à sa mauvaise gestion. L'absurdité de cette règle, telle qu'elle est actuellement universellement appliquée, jette le ridicule sur les méthodes employées par les tribunaux». (4 Wigmore, *Evidence*, sec. 1078, p. 166, n. 2.)

La connaissance habituelle des actes accomplis dans l'exécution de ses fonctions par le représentant, constitue une garantie suffisante du caractère fiable des déclarations qu'il peut faire relativement à des événements antérieurs.

Entrent également en ligne de compte à cet égard, le fait que ces déclarations sont normalement contre l'intérêt de celui qui les fait et que, lorsqu'elles sont faites pendant qu'il est en fonction, elles ont de fortes chances d'être sincères. Les déclarations faites au commettant par rapport à celles faites à un étranger semblent davantage dignes de foi parce que faites dans le but de motiver l'accomplissement d'un acte quelconque. Elles offrent donc au moins les mêmes garanties de crédibilité que la preuve admise, selon les règles actuelles, en vertu de l'exception relative aux pièces commerciales.

Pour sa part, le paragraphe e) codifie simplement les règles actuelles (*Koufis v. R.*, [1941] R. C. S. 481; *R. v. Northern Electric*, [1955] 3 D. L. R. 449 (Ont. H. C.)). Les déclarations d'une personne engagée dans une entreprise commune avec la partie peuvent être reçues en preuve comme admissions contre celle-ci, lorsqu'elles ont été faites dans le cadre de la poursuite de cette entreprise. On justifie cette règle par l'existence d'un mandat tacite entre les deux personnes, et ainsi toute déclaration faite dans la poursuite de l'objectif commun est censée avoir été agréée par toutes les parties. Cette règle, appliquée le plus fréquemment dans les affaires de complicité, a cependant une portée générale.

Article 3 (4) Registres

Les déclarations faites dans le cadre de l'accomplissement d'un devoir constituent, en *common law*, une exception à la règle de l'ouï-dire. Toutefois, de nombreuses conditions restrictives limitent la recevabilité de ce genre de déclarations: la déclaration doit avoir été faite par une personne ayant l'obligation de consigner la trace des actes accomplis; elle doit avoir été faite au moment où les actes décrits ont été faits; le déclarant, à l'époque de la déclaration, ne devait avoir aucun motif de faire une fausse déclaration; et, en dernier lieu, le déclarant doit être décédé au moment du procès. (Voir *O'Connor v. Dunn*, [1877] 2 O. A. R. 247; *Conley v. Conley*,

[1968] 2 O. R. 677 (C. A.).) Cette exception à la règle de l'ouï-dire se justifie d'une double façon: en premier lieu, le déclarant étant décédé, c'est là le seul moyen d'offrir cette preuve au moment du procès; en second lieu, la déclaration présente des garanties de crédibilité puisque la consignation régulière d'opérations commerciales est normalement bien faite et qu'une erreur qui pourrait se glisser dans les registres servant de base aux décisions importantes est normalement décelée. (Cross, *Evidence*, 3d ed. 405; McCormick, *Evidence*, 2d ed. 720.)

Les conditions strictes de recevabilité de cette exception de *common law*, et l'inconvénient important qui en découle dans le domaine bancaire, ont amené en 1876 l'adoption du Banker's Books Evidence Act anglais, 42 Vict., ch. 11 (U. K.). Auparavant, les inscriptions figurant aux registres d'une banque ne pouvaient être prouvées que par la production du registre original et par le témoignage des préposés ayant fait les inscriptions. Cette nouvelle législation permettait au contraire d'admettre en preuve des copies de ces registres et d'établir leur authenticité par des règles fort simples. Des dispositions semblables tirées de la loi anglaise existent depuis longtemps au Canada (voir par exemple la Loi sur la preuve au Canada, S. R. C. 1970, Ch. E-10, art. 29; Ontario Evidence Act, R. S. O. 1970, Ch. 151, art. 34). La crédibilité que l'on peut accorder aux registres tenus sur une base régulière, et la commodité pratique des règles de leur admissibilité en preuve, ont amené l'adoption d'autres dispositions destinées à faciliter la preuve des registres tenus par les ministères et les fonctionnaires gouvernementaux (voir par exemple, la Loi sur la preuve au Canada, S. R. C. 1970, Ch. E-10, art. 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27; Ontario Evidence Act, R. S. O. 1970, Ch. 151, art. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 39, 40, 41).

Plus récemment, les législatures de diverses provinces et le Parlement canadien ont assoupli les conditions d'admissibilité en preuve des pièces commerciales (Loi sur la preuve au Canada, S. R. C. 1970, Ch. E-10, art. 30; British Columbia Evidence Act, R. S. B. C. 1960, Ch. 134, dans sa forme modifiée, S. B. C. 1968, Ch. 16, art. 43a; New Brunswick Evidence Act, R. S. N. 1952, Ch. 74, dans sa forme modifiée, S. N. B. 1960, Ch. 29, art. 42a; Nova Scotia Evidence Act, R. S. N. S. 1967, Ch. 94, art. 22; Ontario Evidence Act, R. S. O. 1970, Ch. 151, art. 36; Saskatchewan Evidence Act, R. S. S. 1965, Ch. 80, dans sa forme modifiée, S. S. 1969, Ch. 51, art. 30a).

La législation ontarienne et la législation fédérale sur la preuve exigent toutes deux un avis préalable de l'intention de la partie d'utiliser cette technique de preuve, alors que les quatre autres lois ne contiennent aucune disposition à cet effet. Certaines de ces lois s'inspirent du Federal Business Records Act américain, 23 U. S. C. A., art. 1732. Le législateur a donc abrogé les anciennes restrictions du *common law* relatives à la preuve des registres. Ainsi, sous réserve de certaines limites, la Loi sur la preuve au Canada édicte ce qui suit:

«(1) Lorsqu'une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.»

Le décès du déclarant n'est plus une condition nécessaire. De plus, les autres conditions de recevabilité (connaissance personnelle, devoir d'agir, obligation de consignation, caractère contemporain des actes accomplis, motifs de falsification)

ne subsistent plus que comme des facteurs susceptibles d'influencer la force probante de la preuve fournie. Le terme «affaires» a été défini d'une façon très large:

«30 (12) Affaires désigne tout commerce ou métier ou toute affaire, profession, industrie ou entreprise de quelque nature que ce soit exploités ou exercés au Canada ou à l'étranger, soit en vue d'un profit, soit à d'autres fins, y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement, par un ministère, un département, une direction, un conseil, une commission ou un organisme d'un gouvernement, par un tribunal ou par un autre organisme ou une autre autorité exerçant une fonction gouvernementale.»

De fait, cette définition est tellement large qu'une comparaison avec la plus récente version du Proposed Federal Rules of Evidence américain 1973, R. 803 (6) est intéressante. Dans celle-ci, en effet, l'expression "pièces commerciales" a été remplacée par l'expression (*traduction*) "registres tenus dans le cours d'activités régulières" de façon à souligner que la garantie de véracité repose plus sur le caractère courant et répétitif des inscriptions à ces registres que sur leur simple caractérisation comme pièces commerciales.

Les tribunaux ont récemment admis la nécessité d'un changement en ce domaine en raison de l'évolution de la vie moderne (*Ares v. Venner*, [1970] R. C. S. 608; *C. P. R. v. City of Calgary*, [1971] 4 W. W. R. 241 (Alta. C. A.)). Diverses législations ont fait de même, et la section de recherche sur la preuve souscrit entièrement à cette tendance. Nous proposons, dans le nouveau texte, une disposition "omnibus" visant tous les registres tenus au cours d'activités régulières. Si celle-ci était agréée, tous les articles précités de la Loi sur la preuve au Canada pourraient alors être abrogés. L'exception proposée viserait également les documents actuellement admissibles en *common law* à titre de "documents publics", "dossiers publics", et éliminerait ainsi les conditions rigoureuses de recevabilité actuellement en vigueur. Nous souscrivons à l'avis du professeur Baker lorsqu'il affirme ce qui suit: (*traduction*)

«L'accessibilité publique à ces documents n'aurait jamais dû devenir une condition d'admission en preuve des registres officiels mais rester simplement ce qu'elle était, soit une raison supplémentaire pour les admettre en preuve. (Baker, *The Hearsay Rule*, 137 (1950).)»

Nous croyons que "l'obligation de tenir des dossiers dans le cours d'activités régulières" constitue une garantie suffisante de la confiance qu'on peut leur accorder et permet donc de les admettre en preuve.

L'article proposé utilise les termes "note de service, rapport, registre de la compilation des données,..." de préférence au terme général plus simple de "dossiers", pour empêcher que cette expression ne puisse être interprétée comme visant uniquement une pièce figurant dans un livre ou un registre de comptabilité (comme cela s'est produit dans l'arrêt *Watkins Products Inc. v. Thomas*, [1965] 54 D. L. R. (2d) 252; mais voir à l'effet contraire, *Re Martin and the Queen* (1973), 1 C. C. C. (2d) 224 (O. C. H.)). L'expression "compilation de données" vise entre autres les données électroniques, mais bien entendu, ne s'y limite pas. L'article édicte ensuite que les faits décrits peuvent consister en "des actes, événements, conditions, opinions ou évaluations" de façon à éviter une interprétation restrictive, comme la chose s'est produite dans l'arrêt *Adderly v. Brenner*, [1968] 1 O. R. 621 (H. C.); (voir

Farris v. M. N. R., [1970] C. T. C. 224). La condition de l'avis préalable dont il est fait mention à l'article 30 (7) de la *Loi sur la preuve au Canada* a été omise, suivant en cela l'exemple de certaines législations provinciales qui n'exigent pas cette condition. Nous souscrivons aux commentaires suivants formulés par le Criminal Law Revision Committee anglais, dans son 11^{ième} rapport, publié en 1972: (*traduction*)

«... la condition selon laquelle le registre doit avoir été tenu par une personne agissant dans l'exercice de ses fonctions ou dans l'accomplissement d'un devoir auquel elle est tenue, ... semble à nos yeux assurer d'une façon suffisante la véracité de la déclaration; il est, dès lors, inutile d'exiger qu'un avis d'intention de présenter la déclaration en preuve ne soit donné.» (p. 150)

Contrairement aux dispositions actuellement en vigueur de la *Loi sur la preuve* au Canada, l'article proposé ne traite pas de la réception de copies de registres, ni de la façon de démontrer au juge leur authenticité, comme registres tenus dans le cours d'activités régulières. Les questions d'authenticité et d'identification générale des moyens de preuve, ainsi que la façon de déterminer si les exigences des conditions de recevabilité ont été remplies, seront traitées dans d'autres articles du code.

Article 3 (5) Ouvrages de doctrine

L'expert fonde souvent son opinion sur des renseignements figurant dans des écrits, ou obtenus d'autres experts. Malgré une hésitation initiale à recevoir en preuve les ouvrages considérés par un expert comme faisant autorité (voir *Collier v. Simpson*, [1831] 172 E. R. 883), la règle de *common law* telle qu'exprimée par la Cour d'Appel de l'Alberta est à l'effet suivant: (*traduction*)

«Par conséquent, un médecin expert peut, en exprimant son opinion au cours de l'interrogatoire principal, affirmer qu'il s'est fondé en partie sur sa propre expérience et en partie sur les opinions d'auteurs généralement reconnus par les membres de la profession médicale comme faisant autorité en la matière. Je crois qu'il peut identifier ces auteurs. Je crois qu'il peut ajouter qu'il souscrit à leur opinion. De plus, je ne vois aucune raison valable de l'empêcher de se référer en plus dans son témoignage aux ouvrages de son choix qui l'ont aidé à former son opinion. Je crois également que le témoin qui a expressément fait sienne l'opinion d'un auteur, peut lire un passage de l'ouvrage et le donner comme exprimant sa propre opinion. Au cours d'un contre-interrogatoire, on peut demander au médecin expert si un ouvrage médical est couramment reconnu par les membres de la profession médicale, et s'il répond par l'affirmative, on peut lui lire un passage de ce texte, qui reflète son opinion pour vérifier la valeur de celle-ci (*R. v. Anderson* (1914), 16 D.L.R. 203, 219).»

La règle que nous proposons est tirée principalement des *Military Rules of Evidence*, *Queen's Regulations and Orders*, 1971, règle 57. La section de recherche sur le droit de la preuve y a cependant ajouté une condition restreignant la production matérielle de la documentation, de façon à éviter que le juge des faits, s'il n'est pas aidé dans sa compréhension de celle-ci par un expert, ne puisse être induit en erreur. (Voir *Proposed Federal Rules of Evidence*, 1973, R 803 (18).)

Celui qui rend témoignage sur la réputation de quelqu'un ne fait que répéter ce qu'ont déjà dit un certain nombre de personnes. Son témoignage constitue donc de l'ouï-dire. Toutefois, le *common law* admet cette preuve depuis longtemps à titre d'exception à la règle de l'ouï-dire (*Cross, Evidence*, 3d ed. 457), lorsqu'il s'agit d'établir l'intérêt public et général (*O'Connor v. Dunn*, [1877] 39 U. C. Q. B. 597),

l'existence de liens familiaux (*R. v. Lindsay* (1916), 36 O. L. R. 171) et de traits de caractère (*R. v. Tilley*, [1953] O. R. 609 (C. A.); *R. v. Rowton*, [1865] Le. & Ca. 520); voir les documents préliminaires de la section de recherche sur la preuve portant sur la crédibilité et la moralité). Le texte proposé constitue une tentative de codification de cette exception de *common law*. Nous souscrivons à l'opinion du professeur Wigmore lorsqu'il déclare ce qui suit: (*traduction*)

«Il existe des conditions propices à la crédibilité lorsque, compte tenu de la nature du sujet, il s'agit de faits sur lesquels on a probablement cherché à obtenir des renseignements, divulgués par des personnes qui en ont eu personnellement connaissance et qui ainsi ont été discutés dans la communauté. L'opinion de cette communauté, s'il en est, est alors probablement digne de foi elle-même (5 Wigmore, *Evidence*, sec. 1580, p. 444).»

L'article proposé est principalement fondé sur les *Proposed Federal Rules of Evidence*, 1973, R. 803 (19) (20) (21).



LA PREUVE

10. L'EXCLUSION DE LA PREUVE ILLÉGALEMENT OBTENUE

Document préliminaire de la

Section de recherche sur le droit de la preuve

1974

130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

©
Information Canada
Ottawa, 1974
N° de cat.: J-32-3/10

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	5
L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN	9
ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ	15
ANALYSE DES PRINCIPAUX ARGUMENTS RELATIFS À L'ADMISSION DE LA RÈGLE D'EXCLUSION	21
CRITIQUES ET RECOMMANDATIONS	29
BIBLIOGRAPHIE	35
RENOIS	37

INTRODUCTION

La question de la preuve illégalement recueillie a déjà fait couler beaucoup d'encre et demeure encore très controversée.¹ Auteurs et jurisprudence avancent des arguments solides en faveur de l'une ou l'autre des positions représentées et typifiées dans un certain sens par le droit américain d'une part, qui exclut la preuve illégalement recueillie et toute autre preuve découlant de celle-ci, et par la common law canadienne et anglaise traditionnelles d'autre part qui, au contraire, ne fait pas en principe de la légalité du mode d'obtention de la preuve une condition de son admissibilité.

Les controverses de la littérature juridique et les prises de positions judiciaires, parfois même teintées d'une certaine émotivité que le sujet a suscitées montrent bien que toute solution législative, quelle qu'elle puisse être, ne saurait en aucun cas rallier toutes les opinions et provoquera nécessairement de vives discussions.

La principale raison de ce phénomène réside dans le fait qu'à travers la solution à apporter à ce problème juridique d'ordre particulier, c'est un peu l'orientation de l'ensemble du système pénal qui est en jeu. C'est devenu un lieu commun d'affirmer en droit pénal et plus particulièrement en matière de preuve, que le législateur doit réaliser un compromis entre impératifs de la répression du crime et préservation des droits fondamentaux de la personne, entre efficacité de la répression et équité pour l'individu, entre contrôle du crime et respect des libertés du citoyen, entre découverte pleine et entière de la vérité et sauvegarde de certaines valeurs fondamentales. Le problème de la validité de la preuve illégalement obtenue soulève ces mêmes questions et oblige donc à définir les priorités à accorder à l'un ou à l'autre des aspects apparemment contradictoires de la justice pénale dans la société.

Une seconde difficulté vient du fait que la question de l'admissibilité de la preuve illégalement obtenue n'est abordée souvent que sous l'angle de certaines de ses applications particulières, alors que l'on donne une vocation générale aux solutions dégagées à ce propos. On se prononce ainsi pour ou contre la règle d'exclusion dans son ensemble à la suite d'une étude restreinte au droit des saisies, des fouilles ou des perquisitions, au droit des aveux et des confessions, à celui des arrestations, illégales etc . . . La tentation de généraliser certains arguments et donc certaines solutions, sans tenir compte nécessairement de l'ensemble du problème, reste donc constamment présente.

Pour atténuer cette seconde difficulté, il n'est peut-être pas inutile, en s'adressant au lecteur non averti, de tenter, en quelques lignes, de replacer le problème dans un contexte plus général. La philosophie fondamentale du droit de la preuve

veut que le tribunal, dans sa recherche de la vérité, ait devant lui les éléments lui permettant de se rendre compte de la situation de fait à partir de laquelle il aura à tirer un certain nombre de conséquences sur le plan juridique. Tout élément de preuve pertinent au litige doit donc normalement être admis et le critère de la pertinence devient ainsi l'un des critères de base de l'admissibilité. Il n'est cependant pas le seul, car il représente une condition nécessaire mais non suffisante de cette admissibilité. D'autres facteurs entrent en effet en ligne de compte. Dans l'optique de base de notre système pénal, la recherche et la découverte de la vérité ne doivent pas se faire à n'importe quel prix. C'est pourquoi la loi et la jurisprudence les subordonnent à la sauvegarde d'autres valeurs jugées d'intérêt social ou moral supérieur. Un exemple suffit à illustrer ce phénomène. Les révélations faites par l'accusé à son avocat constitueraient probablement une preuve pertinente dans la recherche judiciaire de la culpabilité ou de la non-culpabilité de l'accusé. Pourtant la loi les traite comme des communications confidentielles et privilégiées et exclut la preuve à ce sujet, estimant plus important de sauvegarder les droits fondamentaux de la défense et le libre exercice de la profession d'avocat.

Le critère de la crédibilité est également retenu. Une preuve pertinente peut en effet être affectée sur le plan qualitatif par le fait qu'elle est peu digne de foi. Ainsi en est-il, du moins dans l'analyse classique traditionnelle, d'une confession illégalement obtenue. Elle est exclue du débat judiciaire parce que sa crédibilité peut sérieusement être mise en doute lorsqu'elle a été extorquée par des menaces ou des promesses. On peut cependant, dans ce dernier cas, ajouter une autre raison à l'irrecevabilité: tenir compte d'un aveu dans de telles circonstances n'est-il pas rendre le tribunal qui l'accepte complice indirect et au sens large du terme de l'illégalité? En donnant un effet juridique à l'aveu, le tribunal ne donne-t-il pas un effet juridique à une illégalité réprouvée par la loi? N'est-ce pas également renier le principe de la non-incrimination personnelle?

Le problème de la preuve illégalement obtenue s'étend aux deux catégories classiques de preuves: la preuve dite «matérielle» ou «réelle» et la preuve dite «personnelle». Pour ce qui est de la preuve personnelle, tel est le cas des confessions et aveux, l'exclusion d'une preuve illégalement obtenue peut se justifier par d'autres principes (privilèges de non-incrimination et absence de crédibilité). Les règles dégagées par les affaires *Ibrahim v. R.*² et *Boudreau v. R.*³ montrent bien cette pluralité de fondements. Au contraire pour ce qui est de la preuve réelle, l'illégalité commise ne rend pas la preuve obtenue moins digne de foi ou moins pertinente. Il n'existe à ce niveau aucune différence entre le cas où, par exemple, la police saisit un stock important de stupéfiants à la suite d'une descente illégale et accompagnée de violence, et celui où elle a procédé conformément à la loi et selon les termes d'un mandat régulier, lorsqu'il s'agit de prouver la possession par l'accusé de ces stupéfiants. Cette distinction a été mise en lumière dans l'affaire *Procureur Général de la Province de Québec v. Bégin*⁴

Lors donc que l'illégalité commise affecte directement la crédibilité de la preuve, le problème peut être évité puisque la preuve peut en effet être exclue non en raison de l'illégalité commise mais bien parce qu'elle n'est pas digne de foi. L'exclusion reste alors fondée principalement sur la qualité et la crédibilité de la preuve et non sur la sanction de l'illégalité. Toutefois, le problème d'ensemble n'est

pas pour autant résolu, le critère de la crédibilité n'étant pas forcément applicable à la preuve découlant de celle-ci. Si, à la suite d'une confession obtenue par la violence, la police découvre une preuve matérielle incriminant l'accusé, par exemple l'arme du crime dont l'emplacement a été indiqué par celui-ci, doit-on admettre cet objet en preuve et allant plus loin, puisque cette découverte corrobore au moins une partie de l'aveu de l'accusé, donner effet à cette partie de la confession?⁵

En résumé donc, le problème auquel cette étude veut tenter d'apporter des éléments de solution est le suivant: que doit faire le droit pénal face aux preuves illégalement recueillies? Doit-il, si elles sont pertinentes et fiables, les admettre indépendamment des illégalités commises pour les obtenir, et donc laisser à d'autres techniques (sanctions pénales, civiles ou disciplinaires) le soin de réprimer ces actes illégaux? Doit-il au contraire placer la loyauté au principe de la légalité au-dessus des considérations d'efficacité et exclure ces preuves, alors même qu'elles sont pertinentes et fiables, pour montrer clairement sa réprobation pour les actes illégaux d'une part, et affirmer la suprématie du respect de certaines règles fondamentales sur la découverte de la vérité d'autre part?

L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN

La ligne de conduite générale du droit canadien est empruntée au droit anglais. L'illégalité des moyens utilisés pour se procurer une preuve n'a pas en principe d'influence sur sa recevabilité.

Si, par exemple une perquisition est effectuée chez un individu et que celle-ci est illégale parce que faite sans mandat, ou sans cause raisonnable et probable, la victime accusée par la suite pourra s'en plaindre, réclamer au besoin des dommages-intérêts contre les autorités policières, exiger des sanctions disciplinaires ou même parfois pénales. Toutefois, la preuve recueillie contre elle au cours de cette perquisition, ainsi que toute autre preuve dérivée de celle-ci demeurera recevable. De même, si par suite de menaces ou de violence un prévenu avoue être l'auteur d'un meurtre et désigne aux policiers l'emplacement de l'arme qui lui a servi à commettre le crime, le témoignage des policiers à l'effet que cet instrument a été découvert à l'endroit indiqué par l'accusé, et toute la preuve tenant à démontrer qu'il s'agit là de l'arme du crime, est recevable même si la confession elle-même ne l'est pas parce que non volontaire et libre au sens de la loi. Au Canada donc, la preuve matérielle obtenue par des moyens illégaux, de même que la preuve découlant de ceux-ci est admissible, malgré la déloyauté commise par les forces policières dans sa recherche.

Cette règle du droit canadien a été dégagée à la suite d'une évolution jurisprudentielle dont le couronnement est marqué par une décision de la Cour suprême en 1970. Il est significatif que dans cette décision, l'arrêt *R. v. Wray*⁶, la Cour suprême du Canada ait étudié et discuté à fond la situation de la common law anglaise représentée notamment par les arrêts *Kuruma v. R.*⁷, *Noor Mohamed v. R.*⁸, *Callis v. Gunn*⁹, mais ait fait peu de cas de celle du droit américain sur le sujet.

La position générale traditionnelle du droit canadien avait été affirmée par la Cour d'appel de l'Ontario dès 1886, dans l'affaire *Doyle*¹⁰. L'accusé dans cette espèce invoquait l'irrégularité d'une perquisition effectuée chez lui et qui avait révélé la présence d'une certaine quantité de boissons alcooliques, le tout contrairement à la loi. La Cour d'Appel de l'Ontario, prenant pour base un précédent anglais, refusa de renverser la décision du tribunal de première instance qui avait trouvé l'accusé coupable, au seul motif que la preuve de sa culpabilité avait été le fruit d'une perquisition faite contrairement aux règles imposées par la loi.

Nombre de décisions subséquentes sont venues, au cours des années, réaffirmer le principe de l'admissibilité de la preuve illégalement recueillie du moment qu'elle est pertinente.^{10a} En 1949 la High Court d'Ontario, par la bouche du juge McRuer, établissait, dans l'affaire *R. v. St. Lawrence*¹¹ que les faits découverts à la

suite des déclarations contenues dans une confession non admissible étaient, eux, admissibles en preuve. En 1955, dans l'affaire *Procureur Général de la Province de Québec v Bégin*,¹² la Cour suprême, à propos d'une question d'expertise sanguine, se basait sur un arrêt anglais, l'affaire *Kuruma*¹³, pour admettre qu'une preuve, même illégalement obtenue, devait être admise lorsque pertinente et faisait siens les critères énoncés par le Conseil privé pour conclure à l'admissibilité.

Dans l'espèce, une prise de sang avait été obtenue sans qu'une mise en garde n'ait été adressée conformément à la loi à l'accusé, mais toutefois sans violence.

Le juge Fauteux s'exprimait d'ailleurs ainsi à cet égard:

Sans doute, la méthode employée pour l'obtention de certaines de ces preuves peut, dans certains cas, être illégale et même donner lieu à des recours d'ordre civil ou même criminel contre ceux qui l'ont utilisée, mais on ne discute plus de la proposition voulant qu'en ces cas, l'illégalité entachant la méthode d'obtention de la preuve, n'affecte pas *per se* l'admissibilité de cette preuve au procès.^{13a}

De l'ensemble des décisions antérieures à l'arrêt *Wray* on peut, semble-t-il, conclure que le droit canadien permettait l'admission au procès d'une preuve réelle, découverte à la suite d'une confession non admissible, de même que de la partie d'une confession non volontaire corroborée, malgré les illégalités commises dans la recherche de cette preuve. L'arrêt *Bégin* établissait aussi un jalon important dans le conflit entre l'admissibilité d'une confession non volontaire et la preuve obtenue par un procédé illégal. L'expertise sanguine, dans l'esprit de la Cour, est un fait objectif et la règle soumise ne s'applique donc qu'à la preuve dite «réelle» ou «physique».

En 1970 la Cour suprême, dans l'affaire *R. v. Wray*¹⁴, qui a fait l'objet de nombreux commentaires et de nombreuses critiques¹⁵, a été saisie du problème. *Wray*, accusé de meurtre, avait fait une confession jugée inadmissible par le juge de première instance et dans laquelle il déclarait avoir jeté l'arme du crime dans un marécage. La police, guidée par l'accusé, trouva la carabine, qui fut déposée comme pièce à conviction et la Couronne chercha également à faire admettre en preuve cette partie de la confession corroborée par la découverte de l'arme du crime. La Cour d'appel d'Ontario, confirmant d'ailleurs la décision du juge de première instance, écarta cette prétention, au motif qu'un tribunal a discrétion pour rejeter une preuve pertinente et par ailleurs admissible parce que probante, s'il estime que son admission serait injuste à l'endroit de l'accusé ou de nature à discréditer l'administration de la justice¹⁶. L'affaire fut portée à la Cour suprême qui se prononça en faveur de l'admissibilité de la preuve de la découverte de l'arme et aussi de la portion de la confession de l'accusé à l'effet qu'il avait lui-même jeté l'arme à l'endroit où la police devait la découvrir. La majorité représentée par les juges Martland et Judson, réaffirma tout d'abord la règle édictée par l'affaire *R. v. St. Lawrence*¹⁷, puis, après une analyse détaillée de l'arrêt *Kuruma*¹⁸, en vint à la conclusion que le juge de première instance n'a pas le pouvoir, d'après la common law, d'exclure une preuve par ailleurs admissible au seul motif que cette admission risquerait de discréditer l'administration de la justice:

Cette évolution de la notion d'un pouvoir discrétionnaire illimité d'écarter une preuve recevable n'est pas justifiée par la jurisprudence sur laquelle elle prétend s'appuyer. L'aphorisme de Lord Goddard dans l'affaire *Kuruma* paraît fondé sur l'affaire *Noor*

Mohamed et on l'a, à mon avis, beaucoup trop élargie dans certaines affaires subséquentes. Il reconnaît un pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Même si l'on accepte cet énoncé, de la façon dont il est formulé, il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve . . .

C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante qui peut être considéré comme inéquitable.¹⁹

Le juge Judson, quant à lui, favorise l'admission de la preuve illégalement recueillie, mais opte pour une interprétation moins extensive.²⁰ Il est d'avis que l'arrêt *St. Lawrence* trouve son application en l'espèce, que la raison d'être de l'exclusion d'une preuve illégalement obtenue est qu'elle n'est pas fiable (untrustworthy) et donc que toute preuve réelle ou partie de confession corroborée par une preuve réelle est légalement admissible parce que digne de foi. Il refuse toutefois d'admettre en preuve la partie de la confession portant que l'accusé lui-même a jeté l'arme à l'endroit où elle fut découverte par les policiers, au motif que cette proposition n'est pas indubitablement confirmée par la découverte de la carabine.

L'arrêt *Wray* contient une très forte dissidence du juge en chef Cartwright et de ses collègues les juges Hall et Spence.²¹ Considérant le précédent dans une autre affaire *DeClercq v. R.*²², l'opinion dissidente du juge en chef se base sur une rationalisation différente de la règle d'exclusion d'une confession involontaire. La confession n'est pas inadmissible simplement parce qu'elle n'est pas digne de foi, puisqu'alors, dès qu'elle est confirmée par une autre preuve, elle devrait normalement être admise.²³ C'est plus dans le principe de la non-incrimination (*memo tenetur seipsum accusare*), que se trouve la véritable raison d'être de la règle d'exclusion.

Si donc la confession est forcée et doit être rejetée, la découverte d'une preuve confirmant partie de celle-ci ne doit pas avoir pour effet de la rendre admissible en tout ou en partie.

La solution qui semblerait s'imposer si l'exclusion se fonde sur la maxime (*memo tenetur seipsum accusare*), serait qu'on ne peut aucunement se servir d'une confession forcée, même vérifiée par une preuve découverte subséquentement.²⁴

Le juge en chef est également d'avis qu'il existe en common law un pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve, même si elle a une valeur probante substantielle, suivant les critères avancés par la Cour d'appel de l'Ontario. Quant au juge Hall, il met en doute pour sa part le bien fondé de l'arrêt *R. v. St. Lawrence* et, sans émettre d'avis définitif, estime qu'il n'est peut-être pas raisonnable de diviser ainsi une confession et d'en admettre une partie en preuve parce que corroborée si, lors du voir-dire, l'ensemble de cette même confession a été jugé irrecevable parce qu'involontaire.²⁵

Trois critiques principales ont été adressées par les commentateurs à la décision de la Cour suprême.^{25a} En premier lieu l'affaire *Kuruma*, sur laquelle s'appuie l'opinion majoritaire n'aurait peut-être pas dû, étant donné les faits et circonstances exceptionnelles de la cause, être élevée au rang de décision de principe.²⁶ En second lieu, la Cour suprême n'aurait pas tenu compte selon eux d'autres décisions telle l'affaire *R. v. Barker*²⁷ qui traitait de la question d'une

confession involontaire corroborée et dans laquelle la «Court of Criminal Appeal» avait rejeté les prétentions de la Couronne à l'effet que certains documents incriminants obtenus à la suite d'une confession inadmissible pouvaient être admis en preuve.

Enfin la décision aurait presque complètement éliminé le pouvoir discrétionnaire du juge, sans pour autant aller au fond même du problème et sans discuter les cadres proposés par la Cour d'appel de l'Ontario ou formuler d'autres critères.²⁸ L'affaire *Wray* ayant l'autorité du précédent, les tribunaux et Cours d'appel se sont soumis aux règles énoncées par la Cour suprême. Ainsi en fut-il, entre autres, plus récemment dans l'affaire *R. v. Lafrance* de la Cour d'appel de l'Ontario²⁹, et dans l'affaire *R. v. Pettipiece*³⁰ de la Cour d'appel de Colombie-Britannique.

Au début de l'année 1974, le Parlement canadien adoptait le projet de loi C-176 sur la protection de la vie privée visant à réglementer l'écoute électronique.³¹ On retrouve dans ce texte certaines dispositions ayant trait à la preuve illégalement obtenue qu'il importe de souligner ici pour donner une vue d'ensemble de la question en droit canadien.

Deux remarques préliminaires doivent cependant être faites à cet égard. En premier lieu cette loi ne touche qu'une partie fort limitée et spécifique du problème général de l'admissibilité des preuves illégalement obtenues, et donc son impact sur le plan d'une politique législative globale demeure restreint. Comme on l'a noté³², les problèmes posés par la récolte de la preuve au moyen de l'écoute électronique sont très différents de ceux soulevés à propos des saisies, perquisitions ou confessions. En effet, l'intérêt des autorités policières pour l'écoute électronique se situe moins au niveau de l'admission en preuve de la conversation captée elle-même, qu'à celui des renseignements et informations fournis par celle-ci et permettant une action policière subséquente ou la prévention du crime. En d'autres termes, il est souvent plus important pour la police de sauvegarder le principe de l'admissibilité des preuves découvertes grâce aux conversations captées que celui de l'admissibilité de la conversation elle-même. Enfin, l'interception téléphonique légale permet également en quelque sorte de neutraliser le téléphone comme un outil ou instrument de complot et de crime, rendant ainsi la tâche plus difficile aux professionnels du crime.

La principale disposition à cet égard est contenue à l'article 2, qui modifie l'article 178 du Code criminel en y ajoutant un paragraphe 16. Les paragraphes 1 et 2 de ce texte se lisent comme suit:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins:

- a) que l'interception n'ait été faite légalement; ou
 - b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.
- (2) Lorsque, au cours de quelque procédure, le juge est d'avis qu'une communication privée ou autre preuve inadmissible aux termes du paragraphe (1)
- a) est pertinente, et

b) est inadmissible uniquement à cause d'un défaut de forme ou d'une irrégularité dans la procédure, lorsqu'il s'agit pas d'un défaut ou d'une irrégularité de fond, dans la demande ou l'émission de l'autorisation en vertu de laquelle cette communication privée a été interceptée ou au moyen de laquelle cette preuve a été obtenue, ou

c) que, dans le cas d'une preuve, à l'exception de la communication privée elle-même, son exclusion peut empêcher que justice soit rendue,

il peut, nonobstant le paragraphe (1), admettre en preuve cette communication privée ou cette preuve dans cette procédure.

Comme on peut le constater, le législateur pose en principe comme règle de départ celle de l'inadmissibilité en preuve d'une communication privée illégalement interceptée, et de toute autre preuve obtenue directement ou indirectement grâce aux informations recueillies par cette interception. Cette règle législative énoncée au premier paragraphe de l'article 178.16 est contraire à première vue à la position de common law traditionnelle et adopte la règle d'exclusion totale de la preuve illégalement recueillie.

Tout d'abord, aux termes mêmes de l'article 178.16, cette inopposabilité de la preuve ne semble jouer que contre l'auteur de la communication et la personne à qui elle était destinée. Ainsi, les renseignements ou preuves obtenus à la suite de l'écoute d'une conversation entre A et B semblent admissibles en preuve dans un procès dirigé contre C. En second lieu, le deuxième paragraphe de l'article 178.16 vient restreindre d'une façon considérable la règle générale d'exclusion. Il prévoit, en effet, qu'une conversation interceptée illégalement peut être admise en preuve par le juge si ce dernier l'estime pertinente et constate que l'illégalité tient à un «*défaut de forme*» ou à une «*irrégularité de la procédure*» et non à un défaut ou à une irrégularité de fond. C'est là tenter d'établir un équilibre entre l'intérêt de l'administration de la justice et le respect des droits de l'individu à la vie privée. L'irrégularité de fond est jugée suffisamment importante pour motiver l'exclusion de la conversation captée en preuve; l'irrégularité de forme ou de procédure, au contraire, est estimée trop triviale pour justifier de priver la justice, de ce seul fait, d'un élément de preuve pertinente au litige.

Enfin, un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus large est accordé au juge d'admettre la preuve dérivée ou indirecte obtenue grâce à l'interception illégale. Si elle est pertinente, le juge peut passer outre à la règle d'exclusion s'il estime que justice ne serait pas rendue.

On peut constater à la lecture de ce texte de loi que le législateur canadien continue à accorder une très grande importance au critère de *pertinence* de la preuve, ce en quoi il ne s'éloigne donc pas de la tradition de la common law canadienne. La formulation des deux exceptions précédemment décrites fait que l'illégalité ou l'irrégularité dans la façon d'obtenir la preuve peut être couverte lorsque deux conditions sont remplies dont la première est le caractère pertinent de celle-ci. C'est donc, dans un certain sens, privilégier la découverte de la vérité par des moyens illégaux, aux dépens de la protection globale et absolue de la vie privée ou du droit à l'intimité.

D'autre part, le législateur, du moins dans la formulation de la règle, a inversé la position traditionnellement admise jusqu'alors en droit canadien: la règle géné-

rale devient l'exclusion de la preuve, l'exception son admissibilité. Toutefois, l'ampleur des termes utilisés pour définir ces exceptions peut permettre, sur le plan pratique, de mettre en doute la vigueur et l'efficacité réelle de la règle générale. Ainsi, pour n'en donner qu'un exemple, le sous-paragraphe c de l'article 178.16(2) emploie l'expression suivante: . . . «*son exclusion peut empêcher que justice soit rendue*». On peut se demander si cette expression recouvre la même réalité que la formule de discrétion judiciaire utilisée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Wray*: rendre justice est-ce éviter d'être injuste à l'endroit de l'accusé ou au contraire éviter de discréditer l'administration de la justice? Telle que formulée, cette expression ne pourrait-elle pas être interprétée d'une toute autre façon, par exemple, dans le sens suivant: le juge pourra admettre la preuve illégale s'il estime que sans elle, la Couronne est dans l'impossibilité de rapporter la preuve des éléments d'une infraction dont l'accusé est probablement coupable et qu'ainsi justice ne sera pas rendue. Il est évidemment trop tôt pour savoir de quelle façon les tribunaux canadiens interpréteront ces dispositions et la portée exacte qu'ils attribueront à ce pouvoir discrétionnaire du juge. Deux faits importants doivent cependant, à notre avis, être retenus: le législateur canadien a admis, du moins pour le champ restreint de l'écoute électronique, que le seul et unique critère de pertinence n'est plus suffisant d'une part, et d'autre part que les tribunaux doivent jouir en matière de preuve d'un certain pouvoir discrétionnaire. Le droit canadien a donc refusé de se laisser enfermer dans l'une ou l'autre des positions extrêmes et radicales concernant l'exclusion de la preuve.

En conclusion et en résumé, le droit canadien dans son état actuel, fidèle à la doctrine élaborée par la Cour suprême dans l'arrêt *Wray*, admet toute preuve même illégalement obtenue du moment qu'elle est pertinente au litige et qu'elle n'est pas exclue pour une autre raison par une disposition de la loi (tel est le cas notamment d'une confession extorquée par violence). L'illégalité ou l'irrégularité des moyens utilisés pour l'obtenir n'entrent pas, en principe, en ligne de compte dans la détermination de sa recevabilité. Le juge n'aurait, à en croire la décision dans l'affaire *Wray*, qu'un pouvoir discrétionnaire très restreint de refuser d'admettre une preuve pertinente et fiable.

En outre, les preuves récoltées à la suite d'une preuve qui serait elle-même inadmissible d'après ces règles pourraient être admises si elles sont conformes aux normes générales retenues par la loi et la jurisprudence.

En matière d'écoute électronique, la situation est toutefois différente, du moins au niveau des principes. Le principe de l'exclusion est formulé par la loi, mais dans certains cas précis, lorsque la preuve est pertinente, il peut être levé lors même que cette preuve est directement ou indirectement le fruit d'une illégalité.

ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

Il peut être intéressant, sur le plan d'une étude de politique législative future, de donner ici un aperçu sommaire des solutions retenues par d'autres pays. En examinant celles-ci on doit toutefois tenir compte des différences de philosophie sociale et de tradition juridique qui peuvent exister entre les droits étrangers et le régime canadien.

Droit américain

A la suite d'une longue controverse et d'une lente évolution jurisprudentielle, la common law américaine a consacré la règle d'exclusion de la preuve illégalement obtenue.³³ Cette prise de position, fruit de décisions très importantes comme les affaires *Weeks v. U.S.*³⁴, *Wolf v. Colorado*³⁵ et surtout *Mapp v. Ohio*³⁶, a pour effet d'éliminer toute preuve recueillie directement ou indirectement à la suite d'une illégalité et en violation des droits fondamentaux du citoyen reconnus par la Constitution des États-Unis. Parti comme le droit canadien du principe que toute preuve pertinente même illégalement obtenue était admissible,³⁷ le droit américain a franchi une première étape avec l'arrêt *Weeks v. U.S.*³⁸ qui a vu la Cour suprême des États-Unis sanctionner la règle qu'une preuve obtenue en violation du Quatrième amendement à la Constitution des États-Unis ne pouvait être admise sous peine de réduire à néant la protection que cette disposition entendait conférer au citoyen américain. La règle d'exclusion de la preuve en matière de saisies et de perquisitions était donc chose acquise non seulement quant à la preuve directement obtenue mais encore quant à celle obtenue grâce aux informations ou renseignements dérivés de celle-ci.

Une seconde étape importante de l'évolution du droit américain fut marquée par la consécration, dans l'affaire *Wolf v. Colorado*,³⁹ du principe que les libertés fondamentales garanties par les huit premiers amendements à la Constitution sont protégés par le Quatorzième amendement qui empêche les États de priver l'individu de sa vie, liberté ou propriété sans le « . . . due process of law ».

Enfin, en 1961, la célèbre décision *Mapp v. Ohio*⁴⁰ vint étendre l'application générale de la règle d'exclusion à tous les tribunaux américains, même aux tribunaux d'État. Un doute à cet égard avait en effet surgi puisque la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Wolf* semblait permettre aux États d'utiliser d'autres techniques pour faire respecter le Quatrième amendement.

A l'heure actuelle, la preuve directement obtenue par un procédé illégal est exclue, et aussi ce que les juristes américains appellent les « fruits de l'arbre empoisonné », c'est-à-dire la preuve découlant de celle-ci. De plus, la règle s'étend

non seulement à la preuve matérielle, mais aussi à la preuve verbale.⁴¹ Les juristes signalent cependant trois limites principales au champs d'application de la règle: elle ne s'applique pas tout d'abord lorsque la preuve est admise non pour démontrer la culpabilité de l'accusé mais sur une question collatérale. Elle n'a pas d'effet lorsque la violation a eu lieu aux dépens d'une personne autre que l'accusé, et enfin, lorsque la preuve a été recueillie non par un «officier» public (public official) mais par un individu de sa propre initiative privée.⁴²

Il est particulièrement intéressant de constater que le développement en droit américain de la règle d'exclusion de la preuve s'est opéré à partir de l'interprétation de la Constitution des États-Unis, et en relation directe avec le problème de la préservation des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens. Les tribunaux américains ont jugé en effet que l'exclusion de la preuve illégalement recueillie et des fruits de celle-ci constituait une mesure de protection adéquate de ces libertés fondamentales et ce, à un double niveau. D'une part, elle a une valeur exemplaire à l'égard des corps policiers. En sanctionnant l'illégalité commise par eux, on espère les dissuader, dans l'avenir, de continuer à avoir recours à ces procédés et, sur le plan d'une politique sociale à long terme, assainir l'ensemble du mécanisme de recherche et de découverte du crime. D'autre part, l'exclusion de la preuve montre que le droit américain attache un prix très important au «*due process*», place le respect de celui-ci au-dessus de toute autre considération, y compris celle de la poursuite et du châtement des criminels, et qu'aucun compromis ne doit être fait lorsque les libertés fondamentales garanties par la Constitution sont menacées par le non-respect du principe de la légalité.

A l'heure actuelle toutefois, peut-être en raison du caractère absolu que revêt la règle d'exclusion aux États-Unis, un fort courant d'opposition à celle-ci s'est fait jour.⁴³ Certains juristes prévoient pour un avenir plus ou moins rapproché, sinon un retour à l'ancienne règle de l'admissibilité, du moins une atténuation et une édulcoration des rigueurs de la règle. Une discussion plus approfondie des mérites de la position américaine actuelle est implicitement faite dans la troisième partie de la présente étude.⁴⁴

Droit anglais⁴⁵

En common law anglaise, c'est la décision dans l'affaire *Kuruma v. R.*⁴⁶ qui a défini l'orientation du droit en la matière et qui est considérée comme exprimant le droit positif sur la question. Dans cette affaire l'accusé, à l'époque de la révolte du Kenya contre l'Angleterre, avait emprunté à bicyclette une route contrôlée par les autorités militaires. Arrêté à un barrage, il fut fouillé par deux officiers de rang inférieur qui trouvèrent apparemment sur lui un couteau et des munitions. Condamné à mort, il porta appel au Conseil privé en arguant l'illégalité de la fouille et donc la non-recevabilité de la preuve ainsi recueillie. D'après les «*Emergency Regulations of Kenya*» en effet, la fouille ne pouvait être légalement faite que par des officiers de grade supérieur. Le Conseil privé rejeta l'appel et émit l'opinion suivante:

In their Lordships' opinion, the test to be applied in considering whether the evidence is admissible is whether it is relevant to the matters in issue. If it is, it is admissible and the court is not concerned with how the evidence was obtained.⁴⁷

La règle du droit anglais reste donc l'admissibilité de la preuve même si elle est obtenue en contravention aux règles de la common law, aux règles définies par les statuts ou aux règles d'ordre constitutionnel. Toutefois, dans cette même affaire, le Conseil privé admit que le juge gardait un certain pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve dont l'admission, si les règles strictes étaient suivies, causerait un préjudice injuste à l'endroit de l'accusé.

No doubt in a criminal case the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused.⁴⁸

L'exemple fourni par la cour en la matière est celui de la preuve obtenue par supercherie ou par manœuvres dolosives. Malheureusement toutefois, la formule utilisée par la cour restait très vague et ne permettait pas de déterminer ce que l'on devait entendre par le mot «injustice». De plus, aucun guide véritable n'était donné quant aux critères permettant d'établir si oui ou non une «injustice» était créée à l'endroit de l'accusé par l'admission d'une preuve.

Il convient de noter également que le Conseil privé dans l'affaire *Kuruma*, conscient des effets de la règle qu'il énonçait quant à la recevabilité de la preuve, a jugé utile de préciser qu'elle ne devait pas nécessairement s'appliquer aux confessions et aux aveux:

It is right, that it should be stated that the rule with regard to the admission of confessions, whether it be regarded as an exception to the general rule or not, is a rule of law which their Lordships are not qualifying in any degree whatsoever.⁴⁹

D'autre part, la portée de la règle quant au pouvoir discrétionnaire du juge apparaît beaucoup plus restreinte que la généralité des termes utilisés ne semble à première vue le laisser croire. Elle n'a pour but, au fond, que de couvrir les hypothèses marginales, les cas limites. La jurisprudence anglaise l'a en effet interprétée comme s'appliquant lorsque la preuve a été obtenue par fausses représentations ou par duperie, mais seulement dans l'hypothèse où celles-ci, à la lumière de toutes les circonstances particulières de l'espèce présentent un caractère particulièrement sérieux.⁵⁰ C'est dans ce sens d'ailleurs qu'elle a été compromise par la Cour suprême dans l'arrêt *Wray*.⁵¹

Sans vouloir ici rentrer dans plus de détails, la position du droit anglais est donc diamétralement opposée à celle du droit américain.

Le droit anglais, contrairement au droit américain n'envisage donc pas le problème de l'admissibilité de la preuve illégale en fonction des libertés fondamentales du citoyen. Il ne semble pas partager l'espoir qu'une règle d'exclusion puisse avoir un effet de dissuasion et servir également de sanction efficace à la violation des droits civils du citoyen. La common law britannique s'attache donc au seul critère de pertinence de la preuve. Comme l'a exprimé d'ailleurs un tribunal anglais dans l'affaire *R. v. Leatham*:

It matters not how you get it; if you steal it, it would still be admissible in evidence.⁵²

On peut constater également, par contraste avec le droit américain, le peu de discussion dans la littérature juridique anglaise des mérites mêmes de la règle et des politiques qui la sous-tendent. La justification de la règle suivie se résume la plupart du temps à l'expression d'une crainte de voir l'adoption d'une règle d'exclusion générale amener une paralysie de l'administration de la justice.

Droit écossais⁵³

Le droit écossais présente des différences majeures avec le droit anglais classique qu'il importe de souligner ici. La décision capitale en la matière est celle de *Lawrie v Muir*⁵⁴ rendue en 1950. Dans cette affaire, Lord Cooper soulignant l'effort qui devait être fait pour tenter de réconcilier l'intérêt de l'État et celui de l'individu exprime l'avis que la règle à suivre ne doit pas être absolue, mais doit nécessairement tenir compte, selon chaque cas, de la prépondérance de l'un d'entre eux sur l'autre. Il ne s'agit donc pas d'admettre en bloc et dans n'importe quel cas toute preuve pertinente même illégalement recueillie, non plus que de rejeter automatiquement celle qui est entachée de la plus petite irrégularité.

Le principe du droit écossais, tout comme celui du droit anglais, demeure l'admissibilité de la preuve pertinente; cependant, le pouvoir discrétionnaire du juge n'est pas limité uniquement par le test de «l'injustice» à l'égard de l'accusé. Une récente étude sur la question⁵⁵ montre que les tribunaux écossais et irlandais tiennent compte, dans l'exercice de leur discrétion judiciaire d'exclure la preuve des critères suivants:

1. L'illégalité commise a-t-elle fait partie d'un plan délibéré en vue de se procurer la preuve?
2. L'illégalité commise est-elle sérieuse?
3. Existait-il des circonstances d'urgence qui obligeaient à agir rapidement pour éviter la destruction ou la perte de la preuve?
4. Les auteurs de l'acte illégal agissaient-ils à titre d'officiers de justice ou de simples individus?
5. Était-il facile et possible dans les circonstances de se conformer aux prescriptions et dispositions de la loi?
6. Le crime reproché à l'accusé et pour la démonstration de l'existence duquel on tente de produire la preuve illégalement obtenue, est-il un crime grave?
7. Le moyen employé pour obtenir la preuve est-il sur le plan pratique l'un des seuls permettant la détection efficace du crime?

Le droit écossais s'est éloigné du droit anglais en élargissant la mesure du contrôle judiciaire et en relativisant l'absolutisme de la position de la common law traditionnelle. Il occupe ainsi une position intermédiaire entre le droit anglais et le droit américain. Sur le plan de la politique législative, il nous paraît important de noter que le droit écossais a, jusqu'à un certain point, démystifié l'opposition traditionnelle entre le principe de l'exclusion et celui de l'admissibilité. Pour lui en effet, la décision concernant l'admissibilité ou l'exclusion n'est pas le fruit ou la conséquence aveugle d'une position globale et générale, mais le résultat concret de la primauté devant être accordée à certaines valeurs sur d'autres, dans chaque espèce particulière.

Droit français⁵⁶

En droit français, l'évolution des solutions est plus difficile à expliquer, étant donné les différences importantes qui séparent ce système du système canadien sur le plan du droit positif mais surtout de la procédure. L'existence du juge

d'instruction chargé de recueillir la preuve et de constituer le dossier, la réglementation de l'enquête de police, les contrôles du pouvoir d'instruction, le système de l'intime conviction, sont autant de facteurs qui rendent la comparaison ardue.

D'une façon générale et en résumé, les solutions du droit français en la matière sont les suivantes: le juge ne peut pas tirer son intime conviction d'un acte irrégulier, celui-ci, aux termes de l'article 173 du Code de procédure pénale, étant frappé de nullité. De plus la jurisprudence française oblige le juge d'instruction, dans son investigation, à se conformer aux dispositions de la loi et à respecter le principe de la loyauté dans la recherche des preuves. Sont donc exclues les preuves recueillies par des procédés illégaux ou injustes à l'endroit du prévenu. Le droit français maintient à cet égard une distinction entre les nullités dites «textuelles» et les nullités «substantielles». Les premières sont celles qui sont décrétées par les divers textes de loi eux-mêmes, les secondes celles qui résultent de la méconnaissance ou de la violation des règles touchant l'ordre public et les droits de la défense. La preuve illégalement obtenue à l'instruction est donc en principe inadmissible et l'irrégularité commise peut dans certains cas avoir pour effet de rendre nulle toute l'information.

Quant à celle qui est recueillie au cours de l'enquête de police, par exemple lors de l'enquête préliminaire, il semble que la tendance actuelle de la jurisprudence française soit d'y appliquer les mêmes règles. En France, comme dans les autres pays, il existe de surcroît des sanctions pénales et disciplinaires contre ceux qui utilisent des méthodes ou manœuvres illégales ou déloyales dans la recherche des preuves, et le contrôle administratif et judiciaire sur les forces policières apparaît efficace.

On pourrait multiplier ainsi les exemples de droit comparé. Parmi les autres pays qui n'appartiennent pas au groupe de common law, deux peuvent retenir l'attention parce que fréquemment cités en exemple par la littérature juridique anglo-américaine. Le droit allemand tout d'abord, qui n'exclut pas en principe la preuve illégalement obtenue sauf lorsqu'il y a eu, dans l'opinion du juge, une violation sérieuse d'un droit fondamental. Tout comme en droit écossais on tient compte en la matière de la nature de l'illégalité qui a été commise.⁵⁷ Le droit israélien, ensuite, qui estime apparemment inutile et injustifiée la règle d'exclusion. Il prévoit que le tribunal, lorsque mis en présence d'une illégalité commise dans la recherche des preuves, peut citer sur-le-champ le responsable de celle-ci, le condamner immédiatement ou le déférer à une autre cour pour y être jugé.⁵⁸ Cette solution semble appliquée aussi bien au cas des aveux et confessions extorqués d'une façon illégale, qu'aux saisies et perquisitions irrégulièrement faites.

ANALYSE DES PRINCIPAUX ARGUMENTS RELATIFS À L'ADMISSION DE LA RÈGLE D'EXCLUSION

Les divers motifs avancés au soutien d'une politique législative favorisant ou au contraire écartant la règle d'exclusion sont nombreux.⁵⁹ Il serait illusoire de prétendre, dans une étude aussi brève, les examiner tous en détail et rendre justice à ceux qui les ont discutés.

Wigmore, propose trois arguments fondamentaux en faveur des règles d'exclusion de la preuve illégalement recueillie:⁶⁰

1. En l'absence d'autres recours, ces règles sont nécessaires afin de prévenir l'utilisation de méthodes illégales dans l'obtention de la preuve;
2. En éliminant toute apparence d'acquiescement aux pratiques policières illégales, elles contribuent à promouvoir le respect du système juridique dans son ensemble;
3. Elles évitent que les juges ne deviennent ce que certains d'entre eux estiment être, des complices indirects à une «illégalité».

A l'encontre de ces règles, note le même auteur, on peut invoquer,

1. Qu'elles rendent la justice inefficace en gênant la fonction principale du procès: la recherche de la vérité;
2. Qu'elles ne servent ni à protéger la victime ni à punir le coupable, mais plus à récompenser le coupable par un acquittement et à punir le public en relâchant des criminels.
3. Qu'elles introduisent de nouvelles complications dans le système déjà alourdi de la technique de la poursuite pénale.

La lecture de la doctrine moderne et des principales décisions de jurisprudence sur la question permet de regrouper ces arguments autour de deux grandes têtes de chapitre l'une d'ordre factuel et pratique, l'autre d'ordre normatif et théorique.

Arguments factuels

On avance tout d'abord comme argument factuel l'effet de dissuasion, et de prévention à long terme, que peut avoir l'exclusion de la preuve illégalement obtenue sur les actes ou pratiques abusifs des forces policières. L'impossibilité dans laquelle se trouve la poursuite d'utiliser cette preuve aurait un effet déterminant sur la conduite des policiers. Ceux-ci conscients de la futilité qu'il y aurait pour eux à ne pas respecter la norme juridique, seraient dès lors moins enclins à la

transgresser. A long terme donc, la règle par son effet dissuasif contribuerait à un assainissement de la conduite des personnes chargées de la répression du crime.

Cette argumentation a été particulièrement bien mise en lumière dans l'affaire *Mapp v. Ohio*⁶¹, qui a rendu la règle d'exclusion applicable d'une façon générale aux instances mues devant les tribunaux des États américains.

L'impact de l'effet dissuasif de la règle d'exclusion a été longuement et âprement discuté aux États-Unis et il semble difficile de trancher nettement la question. Les opinions sur la validité de cet argument sont très partagées et, à l'heure actuelle, nombre de juristes ne lui accordent dans la discussion qu'un poids relatif. Ainsi un auteur américain, dans un long article sur la règle de l'exclusion de la preuve en matière de saisies et de perquisitions illégales, en vient à la conclusion que l'argument d'exemplarité ou de dissuasion ne peut, à *lui seul du moins*, suffire à justifier le maintien de la règle.⁶² D'autre part, les quelques tentatives d'analyse statistique et d'évaluation scientifique factuelle de l'impact de la règle d'exclusion sur la conduite policière aux États-Unis ne démontrent pas d'une façon concluante qu'à la généralisation de la règle par l'arrêt *Mapp*, ait correspondu une diminution sensible des activités policières illégales connues.⁶³

On a opposé que l'effet dissuasif ne pouvait véritablement avoir d'impact sur le comportement des forces policières qu'en autant que celles-ci cherchaient avant tout à recueillir des éléments de preuve dans le but d'amener un individu devant les tribunaux et donc, que leur conduite était axée sur la poursuite du criminel en justice. Or, fait-on valoir, le rôle de la police n'est pas seulement la poursuite judiciaire des criminels mais aussi la prévention du crime. L'effet de dissuasion de la règle reste donc restreint et limité et celle-ci n'a pas pour effet d'empêcher la police de procéder à des perquisitions, à des saisies ou à des fouilles illégales lorsque le but poursuivi est de harasser l'individu qui en est victime, de détruire ou de prendre possession de certains objets, de drogues, ou plus simplement d'empêcher par des manœuvres préventives ou intimidatrices la commission de certains crimes. On peut pousser même l'argument jusqu'à prétendre que la reconnaissance de la règle d'exclusion aurait pour effet de porter plus les policiers à utiliser ces tactiques de harcèlement ou autres manœuvres, qu'à rechercher des éléments de preuve permettant de traduire les criminels devant les tribunaux.⁶⁴

Le caractère spéculatif de l'effet dissuasif a amené les juristes à s'interroger sur la portée véritable des autres mesures aptes à contrôler ou à prévenir les activités policières illégales, notamment les sanctions d'ordre disciplinaire et l'action en responsabilité civile. Dans ces domaines également la controverse est toujours d'actualité. L'étude de la jurisprudence américaine incite beaucoup d'auteurs à conclure que les frais d'une action en dommages et intérêts, l'incertitude de ses chances de succès, les montants relativement peu élevés accordés par les tribunaux en la matière, la solvabilité relative du policier en général, les difficultés particulières dans certains cas à tenir l'employeur responsable de l'acte de l'employé subalterne etc. . . . sont autant de raisons qui sèment un doute sérieux quant à l'efficacité du recours. On observe également qu'en pratique, l'individu coupable entame rarement des poursuites, que ses chances de succès restent minces surtout

devant un jury et que l'innocent agit de même parce qu'il ne trouve pas souvent une telle poursuite profitable.

Devant ces carences, certains ont proposé des modifications au régime commun de la responsabilité civile, de façon à en améliorer l'efficacité, en rendant par exemple l'État responsable des conséquences de l'acte illégal du policier, en fixant une compensation minimale, en ne limitant pas le recours à l'individu qui a commis l'illégalité mais en prévoyant aussi une action contre ses supérieurs etc. . . .^{64a}. La plupart de ces améliorations visent un double but soit garantir une indemnisation adéquate, rapide et peu coûteuse à la victime d'une part, et d'autre part sanctionner celui qui s'est rendu coupable de l'activité illégale tout en atteignant également ses supérieurs hiérarchiques ou ceux dont il dépendait, de façon à donner une plus grande force au recours, et à les inciter à un meilleur contrôle du comportement de leurs subalternes.⁶⁵

La situation au Canada serait, si l'on en croit certains, différente de celle qui a cours aux États-Unis. Comme l'écrivait le juge Martin:

... the remedy in tort has proved reasonably effective, Canadian juries are quick to resent illegal activity on the part of the police and to express that resentment by a proportionate judgment for damages.⁶⁶

Une excellente analyse en matière d'arrestation par le Professeur Paul Weiler⁶⁷ semble venir confirmer cette idée qu'au Canada, l'action en responsabilité civile a une efficacité plus grande qu'aux États-Unis sur la prévention et la dissuasion des activités policières illégales. Enfin, une étude menée sous les auspices du "*National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice of the Law Enforcement Assistance Administration of the United States Department of Justice*", publiée récemment, a tenté de tracer un parallèle à cet égard entre la situation au Canada et aux États-Unis, en prenant notamment pour base une comparaison statistique de l'expérience des villes de Toronto et de Chicago. L'auteur conclut en ces termes:

Les études empiriques démontrent non seulement le caractère inéquitable de la règle d'exclusion, mais aussi le fait que l'argument de son effet dissuasif ne semble pas être justifié. L'expérience du Canada en matière d'action en responsabilité civile suggère qu'une autre réponse viable existe . . .⁶⁸

Certaines critiques pourraient être adressées à cette étude sur le plan de sa rigueur scientifique et des sources de renseignements à partir desquelles cette conclusion a été tirée. On doit cependant admettre comme exact le fait que les tribunaux canadiens n'hésitent pas à condamner à des sommes parfois substantielles les policiers coupables d'activités illégales dans l'exercice de leur profession, lorsque celles-ci sont constitutives de faute civile.⁶⁹

Pour tenter d'apporter une conclusion sur la question, nous ne croyons pas personnellement, à la lumière d'une part de l'expérience américaine et d'autre part de la tradition jurisprudentielle canadienne, que la recherche d'un effet dissuasif puisse à elle seule constituer un motif sérieux pour le législateur canadien d'adopter la règle d'exclusion.

Cet effet apparaît trop lointain, trop aléatoire et trop superficiel pour servir de base réaliste et valable à une politique législative future pour les raisons suivantes:

1. Il n'a qu'une portée limitée, puisqu'il ne touche qu'une partie de l'activité policière, soit celle visant à la cueillette de la preuve en vue d'un procès. Il n'a aucun effet sur les actes visant à la prévention du crime. Comme l'a fait remarquer le juge en chef dans l'affaire *Terry v. Ohio*:

Regardless of how effective the rule may be where obtaining convictions is an important objective of the police, it is powerless to deter invasions of constitutionally guaranteed rights where the police either have no interest in prosecuting or are willing to forego successful prosecution in the interest of serving other goals.⁷⁰

2. Les personnes sur lesquelles l'impact de l'effet dissuasif se fait principalement sentir ne sont pas les policiers eux-mêmes mais bien plus celles à qui revient la tâche de mener la poursuite judiciaire. C'est donc le bureau des procureurs de la Couronne ou le bureau des poursuites criminelles qui est directement touché. Or, il nous apparaît un peu artificiel, malgré les relations évidentes entre celui-ci et la force policière, de les mettre tous deux «dans le même panier» et de refuser de reconnaître que, bien souvent, la Couronne n'exerce pas en fait ou en droit un contrôle préventif sur l'activité de la police.

Au mieux l'effet dissuasif à l'endroit du policier ne s'exerce que par ricochet; ce n'est pas lui mais la Couronne qui subit les conséquences directes de l'exclusion de la preuve. Pour pouvoir espérer assainir efficacement l'activité policière par certains moyens de dissuasion, encore faut-il que ceux-ci atteignent le policier qui s'est rendu coupable d'une transgression de la loi, directement dans sa personne, ou dans son intérêt économique. L'action disciplinaire et l'action en responsabilité civile ont, à cet égard, une portée plus sûre.

3. Ce n'est pas parce que l'on peut critiquer l'efficacité actuelle de ces modes de sanction, que l'on doit pour autant maximiser l'efficacité préventive de la règle d'exclusion. La véritable réponse doit être recherchée dans une réforme ou un réaménagement des sanctions disciplinaires et civiles. L'adoption de la règle d'exclusion ne pourrait, en mettant les choses au mieux, que venir y ajouter un faible complément. Il nous apparaît alors que le prix payé par la société est trop élevé par rapport au bénéfice problématique et indirect qu'elle peut espérer en retirer sur le plan du contrôle des activités policières.

4. Les quelques études empiriques sur l'expérience américaine ne démontrent aucunement que, dans la réalité, l'effet préventif et dissuasif de la règle d'exclusion ait eu une véritable résonance sur la conduite policière.

Arguments normatifs

Le second groupe d'arguments fondamentaux en faveur de la règle d'exclusion de la preuve n'est pas d'ordre factuel mais d'ordre normatif. Ils se fondent tous essentiellement, quelles que soient les différentes formules dans lesquelles ils sont exprimés, sur une perspective d'ensemble de la philosophie fondamentale du système pénal.⁷¹ L'État, reconnaissant un certain nombre de libertés fondamentales protégées par les textes de loi, (par exemple le droit de ne pas s'incriminer) ne doit pas en tolérer la violation et doit donc donner un effet juridique à leur transgression.⁷² Le respect du principe de la règle de droit doit obliger les cours de justice à rejeter impitoyablement toute preuve obtenue en violation de ce principe.

Dans une société donnée, l'État doit tout mettre en œuvre pour encourager et promouvoir le respect des lois et des principes fondamentaux de l'organisation sociale qu'ils reflètent. Il doit également être le premier à donner l'exemple de ce respect. Permettre aux tribunaux de se fonder sur une preuve obtenue grâce à la transgression de la règle de droit risque d'affaiblir les fondations mêmes de la justice et, en projetant une mauvaise image de celle-ci, d'éroder la confiance que le public doit avoir dans l'administration de la justice.

D'autre part, le principe de l'application régulière de la loi (*due process*) exige que les méthodes conçues pour la découverte de la vérité soient elles-mêmes conformes aux principes et aux valeurs fondamentales que l'État et la société cherchent à protéger. Une société démocratique reconnaît sur le plan de la justice pénale, des valeurs supérieures à celles du strict contrôle du crime et de la punition des criminels. L'efficacité de la répression doit passer au second plan lorsqu'il s'agit de préserver ces valeurs. Dans cette perspective, obliger les tribunaux à en sanctionner le respect par l'exclusion d'une preuve illégalement recueillie, contribue à démontrer au groupe social tout entier l'importance prioritaire que l'on y attache et à exemplifier la force morale et éducatrice du droit.

L'exclusion des débats judiciaires de la preuve illégalement obtenue sert à mettre en lumière que le rôle des tribunaux ne se limite pas à la seule répression du crime, en soulignant aussi leur mission de contrôle de l'application régulière de la règle de droit et de gardien des libertés et garanties fondamentales du citoyen. De plus, permettre aux cours de justice de rejeter une preuve illégale, est favoriser une dénonciation publique non seulement de l'acte illégal individuel du policier, mais aussi de pratiques policières, ou de normes de conduite répréhensibles et ainsi, par la publicité du débat, sensibiliser le public à cet égard. A long terme, la société entière doit donc bénéficier des effets de l'exclusion, même si dans l'immédiat, il lui faut consentir des sacrifices sur le plan de l'efficacité de la répression et admettre que des coupables soient relâchés parce qu'une certaine loyauté dans la recherche des preuves n'a pas été respectée.

Il ne fait pas de doute que ces divers arguments sont de loin les plus forts et les plus convaincants qui puissent être invoqués au soutien de la règle. Ils indiquent peut-être même le seul véritable plan de discussion et de détermination d'une option de politique législative. A travers eux en effet, c'est tout le problème de la philosophie même du système pénal qui est mis en cause. Une prise de position pour ou contre la règle d'exclusion de la preuve sur ce plan suppose au moins indirectement l'adhésion à certaines valeurs de base du système et une option pour l'une ou l'autre de deux conceptions fondamentales.

Pour ceux qui estiment que le but premier du système est le contrôle et la répression du crime et donc la punition des criminels, la règle d'exclusion vient manifestement contredire l'objectif à atteindre. Elle permet en effet au coupable d'échapper à la sanction à laquelle il aurait normalement dû être soumis. De surcroît, celui-là même qui a commis l'illégalité (c'est-à-dire le policier) ne supporte pas directement les conséquences de sa faute, si bien qu'en fin de compte, c'est la société et le public qui font les frais de cette double transgression de l'ordre juridique. Certains prétendront même que de larges segments de la population,

peut-être moins conscients des racines fondamentales du problème, perdraient confiance dans l'administration de la justice s'ils voyaient un criminel tirer profit de la règle et être relâché pour des raisons qui, à leurs yeux, passent parfois pour de simples technicalités. Les policiers eux-mêmes ne risquent-ils pas de se sentir frustrés lorsqu'une preuve pertinente, propre à assurer la culpabilité d'un criminel est éliminée pour simple transgression d'une règle technique de procédure?

Si d'un autre côté, on admet que le respect des garanties constitutionnelles et des libertés fondamentales du citoyen, et la conformité au principe de l'application régulière de la loi (*due process*), représentent les premières valeurs à défendre dans la société et que l'ensemble des règles du droit pénal ne doit en aucun cas y sacrifier, la perspective est totalement différente.⁷³ L'intérêt social global à plus long terme doit l'emporter, et le prix à payer ne peut être considéré comme trop lourd. De plus, comme la femme de César, l'État doit être au-dessus de tout soupçon et ses tribunaux ne pas prêter leur concours même indirect à l'irrespect de valeurs fondamentales prioritaires. Ils doivent, comme l'expriment les juristes de common law, «garder les mains propres». La contradiction serait flagrante si l'État, garantissant certains droits fondamentaux et sanctionnant le principe du respect de la légalité d'un côté, acceptait d'un autre côté que les fruits de la violation de ceux-ci soient utilisés devant les tribunaux.

Cet aspect est plus particulièrement ressenti par le public lorsque la technique utilisée par la police est odieuse et choquante, par exemple, lorsque la preuve a été obtenue à la suite de brutalités physiques particulièrement sérieuses. Dans de tels cas extrêmes en effet, l'opinion publique en général risque de perdre confiance dans la justice et dans sa perception des garanties constitutionnelles fondamentales, si cette même justice tolère que l'on fasse usage de la preuve ainsi obtenue.

Tels sont, en résumé, les deux axes principaux autour desquels s'articule la controverse touchant à l'admissibilité de la preuve illégalement obtenue. Si l'on traduit sur le plan de la politique législative leur prolongement logique, plusieurs positions sont possibles.

1. La première est évidemment le rejet complet de la règle d'exclusion de la preuve et le maintien du statu quo actuel. Le seul critère d'admissibilité demeure la pertinence de la preuve fournie, peu importe la façon dont celle-ci a été obtenue. Cette prise de position n'exclut pas cependant le développement de mesures aptes à décourager les pratiques illégales des corps policiers, telles l'action en responsabilité civile, les sanctions disciplinaires, les sanctions d'ordre pénal et autres.
2. La seconde est au contraire la reconnaissance législative de la règle d'exclusion de la preuve, soit en limitant son effet à la preuve directement obtenue, soit en l'étendant également aux preuves secondaires découlant de la preuve illégalement obtenue. Dans cette perspective, rien n'empêche également de renforcer le contrôle de la légalité en y ajoutant les autres sanctions précédemment mentionnées.

3. Enfin, entre ces deux prises de position extrêmes, se situent certaines solutions intermédiaires du genre de celles préconisées par exemple par le droit écossais, le droit allemand ou le droit israélien. C'est, à notre avis, dans cette troisième perspective que le droit canadien devrait s'efforcer de trouver une solution.

CRITIQUES ET RECOMMANDATIONS

Comme le révèle aisément la lecture des principaux écrits sur le sujet, les prises de positions pour ou contre la règle d'exclusion de la preuve s'illustrent souvent d'exemples extrêmes. Au soutien de la règle d'exclusion on invoque le cas où la conduite de la police a été telle qu'elle est propre à heurter ou profondément choquer le sens de la justice la plus élémentaire. On cite des cas, heureusement rares, tel celui où la police fait procéder à un lavage d'estomac d'un suspect pour récupérer une capsule de drogue que celui-ci a avalée lorsqu'il s'est rendu compte qu'il allait être soumis à une fouille, ou celui où une confession est extorquée d'un suspect par des violences physiques ou morales inacceptables d'une société civilisée. A l'opposé, pour justifier la prise de position contraire, on invoque volontiers l'exemple de perquisitions rendues illégales par suite de l'irrégularité formelle d'un mandat de perquisition, mais grâce auxquelles la police a pu saisir une importante quantité de drogue et obtenir ainsi des preuves contre un trafiquant. Certes de tels cas existent et continueront d'exister mais il apparaît peu réaliste de vouloir baser une politique législative d'ensemble sur des hypothèses aussi extrêmes.

L'argument traditionnel de l'effet préventif de la règle ne nous paraît déterminant ni dans un sens, ni dans l'autre d'ailleurs. L'expérience américaine ne permet pas de conclure que la généralisation de la règle d'exclusion dans ce pays ait eu jusqu'ici un effet sensible sur la réforme des mœurs policières.⁷⁴ De plus, on doit, toute autre chose étant égale, tenir compte du fait que l'organisation policière canadienne avec ses traditions propres, ses règles, ses pratiques, ses coutumes et le milieu social dans lequel elle œuvre, est différente de celle de nos voisins du Sud et qu'elle n'a pas, semble-t-il, dans l'ensemble, prêté flanc aux mêmes critiques.

Si l'on examine la question sous l'angle du respect du principe de l'application régulière de la loi (*due process*) et de la règle de droit, la justification de la règle d'exclusion a beaucoup plus de poids puisqu'elle apparaît comme une conséquence logique et presque inévitable de la reconnaissance de ses principes. Toutefois, cet argument contient en lui-même les bases d'une distinction qu'il importe de faire ressortir puisqu'elle est, selon nous, propre à justifier l'adoption par le législateur d'une solution de compromis entre les deux attitudes extrêmes. L'illégalité commise dans la recherche des preuves ne revêt pas souvent le caractère d'une atteinte fondamentale à ces principes. Comme on l'a remarqué dans l'affaire *Breithaupt v Abram*:^{74a}

Due process is not measured by the yardstick of personal reaction . . . but by that whole community sense of decency and fairness that has been woven by common experience into the fabric of acceptable conduct.

S'il en est ainsi, par exemple, dans le cas de brutalité policière, de confession arrachée par la violence, le cas du simple défaut de procédure ou de forme d'un mandat apparaît différent. Peut-on prétendre dans ces dernières hypothèses que l'illégalité constitue une violation véritable du principe de l'application régulière de la loi? Même en l'admettant, pour seules fins de discussion, la question n'est pas résolue pour autant. Encore faut-il se demander si, sur le plan d'ensemble de la politique législative, cette violation à elle seule justifie la règle d'exclusion. S'il est légitime que la société considère comme sérieuse toute violation des garanties constitutionnelles et des droits fondamentaux, et y attache donc des sanctions sévères, encore convient-il de se demander si celles-ci doivent s'exercer en tout état de cause, sans discrimination et surtout sans égard à l'impact qu'elles peuvent avoir sur les autres impératifs sociaux? Les droits fondamentaux du citoyen doivent être respectés mais ils n'ont théoriquement rien d'absolu. Ils demeurent fonction de ces autres impératifs même si ce qu'ils incarnent dans la société démocratique, doit être placé haut dans l'échelle des valeurs. Le législateur lui-même est parfois amené à limiter l'exercice de ces droits. Ainsi, la règle générale à l'effet que nul n'est tenu de s'incriminer, n'a pas empêché le législateur canadien d'exiger par exemple que le conducteur d'une automobile se soumette à l'alcotest.

De plus ce même respect des droits de l'individu doit être vu dans le contexte général du droit pénal qui n'hésite pas à justifier ou même à promouvoir la violation de ceux-ci au nom d'autres valeurs. Un exemple permettra d'illustrer ce fait. Tout individu a droit au respect de son intégrité physique et quiconque y porte atteinte commet un acte criminel. Toute personne a droit au respect de son droit de propriété sur ses biens et la contravention à ce droit est un délit. Pourtant, la loi pénale elle-même permet à la police d'utiliser la force si nécessaire pour procéder à une arrestation «légale», autorise la force publique à la destruction de certains objets appartenant à autrui ou à l'intrusion «légale» sur sa propriété dans le cas de saisie, perquisition ou fouille. Sans vouloir manier le paradoxe, il existe donc des voies de fait, des destructions de biens, des vols «légitimes» et «légaux».

L'argument du respect de la légalité n'a de force véritable, à notre avis, que si l'illégalité commise porte gravement atteinte aux valeurs fondamentales reconnues comme telles par la société et choque ainsi la conscience populaire. Il n'apparaît ni juste ni réaliste de sanctionner sans aucune discrimination, par l'exclusion de la preuve, toute entorse quelle qu'elle soit au principe de la règle de droit car c'est ignorer l'autre facette du problème. La société a aussi le droit et le devoir de veiller au respect et à la sécurité de la vie sociale. Peut-elle sans porter atteinte au droit des citoyens de vivre librement et d'une façon sécuritaire, accepter la remise en liberté d'un individu socialement dangereux uniquement parce que la preuve d'un des éléments de l'infraction ne peut être rapportée et ce, lorsque l'illégalité commise par la force policière est le fruit d'un empiétement trivial sur les droits de celui-ci?

L'admission sans restriction et sans nuance de la règle d'exclusion de la preuve illégalement recueillie nous paraît peu réaliste parce qu'elle frappe sans distinction toute preuve dont l'obtention a été entachée de la moindre illégalité. Lorsque l'illégalité ne viole pas sérieusement une règle reflétant une valeur fondamentale, ou n'est pas le résultat d'un délit caractérisé ou d'un acte de mauvaise foi

mais est la conséquence d'une erreur, honnête, de bonne foi, ou du non-respect d'une règle de forme, l'exclusion de cette preuve est un prix trop élevé à payer. Par contre on doit accepter cette exclusion lorsque les circonstances démontrent soit une violation grave des droits fondamentaux de l'individu, soit un mépris volontaire et conscient de la part des forces policières de la règle de droit, soit enfin une entrave sérieuse au libre exercice des libertés constitutionnelles.

Rendre la règle absolue c'est ignorer l'équilibre qui doit exister entre le droit du citoyen d'être protégé contre la transgression de ses droits fondamentaux et l'intérêt de l'État de veiller pour la sécurité publique à la détection et la sanction du crime. C'est manquer d'une certaine perspective dans la considération du problème que d'accorder plus d'importance à la plus minime transgression des règles du jeu par la force répressive qu'à la violation la plus grossière de l'ordre public par le criminel.

La sanction de l'illégalité doit donc toujours être conçue en tenant compte de la nature de la transgression et de ce qu'elle représente sur le plan des valeurs sociales. Agir autrement est revenir au pavé de l'ours! La reconnaissance sans nuance d'une règle générale d'exclusion de toute preuve illégalement recueillie, serait en outre encourager deux sortes de réactions dont le danger risque fort de contrebalancer les avantages sur le plan théorique et pratique de l'adoption de la règle.

Au niveau du public, tout d'abord, ce serait entraîner une perte de confiance dans l'administration de la justice. Autant ce dernier est prêt à accepter qu'un coupable se tire d'affaire lorsque la violation de la règle de droit par la police a été sérieuse, autant il risque de perdre foi dans l'administration judiciaire si l'acquittement résulte du non-respect d'une simple technicalité. En second lieu, au niveau des forces policières, il existe le danger que, se sentant incapables dans bien des cas, de remplir l'une de leurs fonctions qui est d'aider à obtenir la condamnation d'un individu coupable, elles perdent confiance dans leur rôle, et recourent dès lors à d'autres tactiques comme le harcèlement de personnes suspectes, l'imposition de sanctions ou de punitions illégales.

A notre avis la confiance dont l'exercice de la fonction judiciaire doit s'entourer dans le public dépend beaucoup plus de l'exercice éclairé d'un pouvoir discrétionnaire en la matière que de l'application pure et simple d'une règle absolue, positive ou négative, quant à l'exclusion de la preuve. Les inconvénients pratiques, maintes fois soulignés aux U.S.A., de l'adoption de la règle ne doivent être supportés que dans les cas où les atteintes aux valeurs que la société place au-dessus du contrôle du crime, sont sérieuses, graves et caractérisées. C'est en fonction d'un certain nombre de facteurs particuliers que le choix entre l'exclusion et l'admission de la preuve doit être fait, et toujours par rapport, à la gravité du droit violé par la manœuvre illégale. Pour réaliser cet objectif, il est donc indispensable de relativiser la règle, et d'accorder un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux.

Lorsqu'une telle suggestion a été faite dans le passé, par exemple dans le rapport de la Commission Ouimet⁷⁵, elle s'est heurtée à un certain nombre d'objections. La principale d'entre elles⁷⁶ est que l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au

juge risque d'aboutir à un certain arbitraire, à un chaos jurisprudentiel, à des décisions contradictoires, et donc à une incertitude. Cet argument ne nous paraît pas sérieux. L'expérience passée montre que souvent le législateur a fait confiance au pouvoir discrétionnaire du juge sans pour autant nuire à une certaine uniformité d'application des règles. Bien plus, il y a un avantage indéniable à sanctionner ce pouvoir, puisque c'est permettre aux tribunaux de rester continuellement en contact avec les attitudes sociales de leur temps, leur réserver le rôle de gardien des libertés publiques et permettre donc une évolution possible des règles et leur meilleure adaptation à une réalité sociale changeante. Certes les lenteurs de l'évolution jurisprudentielle et la crainte révérencielle du précédent peuvent à cet égard présenter certains désavantages. Il apparaît cependant possible d'y pallier par une meilleure structuration de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Un autre argument invoqué à l'encontre de cette solution, consiste à prétendre que le désir de la société de châtier les criminels et de contrôler le crime, ne se traduise dans les faits par une abolition pure et simple des cas d'exclusion.⁷⁷ Cet argument nous paraît également quelque peu simpliste, car il préjuge du fait que la société fait passer la répression du crime avant toute autre valeur. D'autre part, à travers leur histoire, les tribunaux canadiens n'ont jamais hésité à dénoncer les abus et à maintenir un haut standard de justice, même si les solutions auxquelles ils parvenaient parfois n'étaient pas particulièrement «populaires».

Enfin, une autre objection est que la discrétion judiciaire nuirait au système général de l'administration de la justice. Dans la préparation du procès, la Couronne doit pouvoir prévoir d'une façon raisonnable la partie de la preuve qui sera admise et celle qui ne le sera pas.⁷⁸ Il ne nous paraît pas que cet argument mérite considération spéciale.

Toutefois, pour pallier aux difficultés inhérentes à l'exercice de tout pouvoir judiciaire discrétionnaire et éviter, dans une certaine mesure, le danger d'une trop large disparité des solutions jurisprudentielles, et pour tracer également une ligne de conduite générale, il paraîtrait utile que le législateur indique certains critères pouvant servir de base à l'exercice de cette discrétion judiciaire.

Plusieurs critères ont été proposés par ceux qui, au Canada⁷⁹, aux États-Unis,⁸⁰ ou dans d'autres pays⁸¹, favorisent cette solution.

Le premier est la nature et gravité de l'illégalité commise. Plus celle-ci est sérieuse et plus en principe le tribunal doit se montrer sévère quant à l'admission de la preuve. Tracer à cet égard une distinction entre l'illégalité résultant de la non-observation d'une règle de fond et celle provenant de la violation d'une règle de forme ou de procédure ne nous paraît pas opportun. Il est probable en effet que la plupart du temps la transgression de cette dernière soit moins grave que celle d'une règle de fond, mais il ne saurait en être ainsi dans tous les cas. De plus, il peut également exister des violations négligeables d'une règle de fond. Pour apprécier ce premier facteur le tribunal aurait donc à se demander si, objectivement parlant, l'illégalité est sérieuse et grave parce que portant atteinte à un droit fondamental, à l'application régulière de la loi (*due process*) ou parce que constituant la violation d'un droit constitutionnellement reconnu.

Le second critère est celui du comportement qui a amené la collecte de la preuve illégalement obtenue. Les partisans du pouvoir judiciaire discrétionnaire proposent en général une distinction entre la conduite illégale mais de bonne foi et celle au contraire qui est le fruit d'un comportement de mauvaise foi. Ce critère est surtout valable lorsque considéré par rapport à l'application de l'aspect dissuasif de la règle. Il faut reconnaître cependant que sur le strict plan de la preuve, la bonne ou mauvaise foi est chose difficile à démontrer puisqu'avant tout reliée à l'intention de l'individu. Il est plus facile de considérer par contre le caractère volontaire et délibéré de l'acte posé, et de séparer ainsi la conduite illégale excessive, consciente et volontaire, du simple manquement «innocent» et honnête à une règle de droit. La mesure du degré de déviance par rapport à ce qu'aurait été une conduite légale dans les circonstances de l'espèce peut permettre aussi d'apprécier la qualité du comportement illégal. A cet égard on doit, comme le signale le Rapport Ouimet,⁸² tenir compte de la situation existant au moment où l'acte a été posé. Ainsi, s'il y avait une situation d'urgence, obligeant à agir pour éviter la destruction d'éléments de preuve, le juge devra se montrer moins sévère dans l'appréciation de la conduite illégale.

Enfin un troisième facteur qui doit être envisagé par le tribunal est celui de la nature de l'accusation portée. En effet, à degré égal d'illégalité, plus le crime dont l'individu est accusé est sérieux, plus le tribunal devrait normalement se montrer hésitant à exclure la preuve illégalement obtenue. Le juge doit être conscient des conséquences que pourrait avoir sur la société entière, la remise en liberté d'une personne contre laquelle une accusation à caractère particulièrement sérieux a été portée.

La combinaison de ces différents critères devrait constituer les assises de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. La réforme législative devrait s'accompagner, en outre d'une disposition d'ordre général énonçant la règle formulée par la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire *Wray*, règle dont la portée pratique a été considérablement réduite par la décision de la Cour suprême dans la même affaire. Il serait opportun, à notre avis, de codifier ce qu'avant l'arrêt *Wray* on estimait être une règle de common law bien établie à savoir que le juge garde toujours la possibilité d'exclure une preuve quelle qu'elle soit et indépendamment des autres critères d'exclusion lorsque son admission, selon les règles du droit, constituerait une sérieuse injustice à l'égard de l'accusé, ou jetterait le discrédit sur l'administration de la justice, en plus d'avoir une valeur probante discutable. Il nous semble, vu la technicité du droit de la preuve en général, qu'une telle mesure ne peut que renforcer l'équité et la justice dont le droit pénal doit être imbu.

En d'autres termes, à notre avis la politique de réforme législative devrait en résumé être la suivante:

1. La reconnaissance du principe que l'irrégularité dans l'obtention d'une preuve n'est pas, si celle-ci d'autre part répond aux autres exigences de la loi (pertinence, crédibilité), en elle-même un motif d'exclusion.
2. La reconnaissance d'une règle selon laquelle le juge, faisant exception à ce principe, peut refuser une preuve obtenue à la suite d'une violation sérieuse et caractérisée d'un droit fondamental, protégé par les règles consti-

tutionnelles, lorsque cette violation, eu égard aux circonstances et à la gravité de l'accusation est le fruit d'un acte volontaire délibéré ou démontrant une grossière mauvaise foi et que son admission constituerait une injustice sérieuse à l'endroit de l'accusé, ou jetterait le discrédit sur l'administration de la justice. On pourrait même concevoir à cet égard que le juge ait en plus le pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'accusation elle-même.

Ces recommandations principales pourraient s'accompagner également de mesures plus générales propres à raffermir les sanctions disciplinaires et les sanctions d'ordre civil de manière à garantir en tout état de cause une meilleure protection du citoyen contre les abus possibles des forces policières.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

Droit étranger—Divers

- Bouzat, P., La loyauté dans la recherche des preuves dans *Mélanges Hugueney*, 1964, p. 155.
- Bratholm, A., The Exclusionary Rule under Foreign Law: Norway, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 287.
- Chambon, L., Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire? D-1954-1170.
- Clemens, R., The Exclusionary Rule under Foreign Law: Germany, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 277.
- Cohn, H., The Exclusionary Rule under Foreign Law: Israel, (1961) 52 J. Crim L.C. & P.S. 282.
- Gray, I., The Admissibility of Evidence Illegally or Unfairly Obtained in Scotland (1966) 11 Jur. Rev. 89.
- Heydon, J.D., Illegally Obtained Evidence, (1973) Crim. Law R. 603-690.
- Hrones, S., Interrogation Abuses by the Police in France—a Comparative Solution, (1969) 12 Crim. L.Q. 68.
- Kasunmu, A., Admissibility of Illegally Obtained Evidence in Nigeria (1969) 3 Nigeria Law Journal 83.
- Levasseur, P., Les nullités de l'instruction préparatoire dans *Mélanges Patin* (1962) p. 469.
- Murray, L., Admissibility of Evidence Illegally Obtained, (1958) Scot. Law Rev. 73.
- Robert, J.M., Nullités de procédure pénale et bonne administration de la justice D-1971 Chr. 85.
- Vouin, R., The Exclusionary Rule Under Foreign Law: France, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 275.
- Williams, L., The Exclusionary Rule Under Foreign Law: England, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 272.
- Evidence Obtained by Illegal Means (1955) Crim L. Quart. 339.

Droit des U.S.A.

- Allen, F.A., The Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 246.
- Baade, H., Illegally Obtained Evidence in Criminal and Civil Cases: A Comparative Study of a Classic Mismatch, (1973) 51 Texas L. Rev. 1325.
- Barrett, E., Exclusion of Evidence Obtained by Illegal Searches—a Comment on *People vs. Cahan*, (1955) 43 Cal. Law Rev. 565.
- Burger, W., Who Will Watch the Watchman? (1971) 14 Am. U. Law Rev. 1.
- Blumrosen, A.W., Contempt of Court and Unlawful Police Action (1957) 11 Rutgers L. Rev. 526.
- Gunter, M., Comment: Exclusionary Rule in Context, (1972) 50 North Car. Law Rev. 1049.
- Hoening, R.J., et Walker, L., The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1972) 63 J. Crim. L. 256.
- Katz, L., Supreme Court and the State: an Inquiry into *Mapp v. Ohio* in North Carolina, (1966) 45 North Car. Law Rev. 119.
- La Fave, R., Controlling the Police: the Judge's Role in Making and Reviewing Law Enforcement Decisions. (1965) 63 Mich. Law Rev. 987.
- Improving the Police Performance Through the Exclusionary Rule (1965) 30 Mo. Law Rev. 391, 566.
- Little, C.D., The Exclusionary Rule of Evidence as Means of Enforcing 4th Amendment Morality on Police, (1970) 3 Ind. Legal Forum 309.

- McGarr, F.J., The Exclusionary Rule: an Ill-Conceived and Ineffective Remedy, (1961) 52 J. Crim. L. C. & P.S. 266.
- McKay, R., *Mapp v. Ohio*: The Exclusionary Rule and the Right of Privacy (1973) 15 Ariz. Law Rev. 327.
- Nagel, R., Testing the Effects of Excluding Illegally Seized Evidence, (1964), Wis. Law Rev. 283.
- Oaks, J., Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1969-70) U. of Chicago L. R. 665.
- Paulsen, G., Law and Police Practice: Safeguards in the Law of Search and Seizure, (1957-58) 52 N.W. U. Law Rev. 65.
- Paulsen, G., The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 255.
- Peterson, W., Law and Police Practice: Restrictions in the Law of Search and Seizure, (1957-58) 52 N.W. U. Law Rev. 46.
- Pitler, R., Fruit of the Poisonous Tree—a Plea for Relevant Criteria, (1967) 115 U. of Penn. L.R. 1136.
- Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized, (1968) 56 Cal. Law Rev. 579.
- Decline of the Exclusionary Rule: an Alternative to Injustice, (1972) 4 South W. U. Law Rev. 68.
- Exclusionary Rule in Search and Seizure: Examination and Prognosis (1972) 20 Kan. Law Rev. 768.
- Sowle, C., The Exclusionary Rule Regarding Illegally Seized Evidence, Chicago—1962.
- Spiotto, J. E., Search and Seizure: an Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternatives, (1973) 2 J. of Legal Studies 243.
- Judicial Integrity and Judicial Review: an Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule, (1973) 20 U.C.L.A. Law Rev. 1129.
- The Search and Seizure: Two Approaches; the Canadian Tort Remedy and the U.S. Exclusionary Rule, (1973) 1 J. of P.S. and A. 36.
- Wingo, H., Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule, (1971) 25 Southwestern L. J. 573.
- Petition for Re-Hearing *Mapp v. Ohio*, (1961) 52 J. Crim. L. C. & P.S. 439.
- Search and Seizure in Illinois: Enforcement of the Constitutional Right of Privacy, (1952) 47 N.W. U. Law Rev. 493.
- Wright, J., Must the Criminal Go Free if the Constable Blunder? (1972) 50 Tex. Law Rev. 736.

Droit canadien

- A. W. M., Evidence and Illegality (1974) 16 Crim. L.Q. 121.
- Beck, S., Electronic Surveillance and Administration of Criminal Justice, (1968) 46 C.B.R. 643.
- Chitty, Evidence Wrongfully Obtained, (1969) 17 Chitty's L. J. 17.
- Gibson, R. C., Illegally Obtained Evidence, (1973) 31 U. of T. Fac. Law Rev., 23.
- Groom, R. G., The Admissibility of Evidence Illegally Obtained, (1964) 13 Chitty's L. J. 54.
- Grossman, B., Annual Survey of Canadian Criminal Law, (1969) Ott. L. Rev. 532.
- Jodouin, Commentaire sur *Regina v. Wray*, (1970) 1 Rev. Gé. de Droit 390.
- McDonald, B., Comments on *Regina v. Wray*, (1971) 29 U. of T. Fac. Law Rev. 99.
- Martin, G. A., The Exclusionary Rule under Foreign Law: Canada, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 271.
- Mewett, A. W., Law Enforcement and the Conflict of Values, (1970) 16 McGill L. J. 1.
- Patenaude, P., De l'admissibilité devant les tribunaux civils des preuves illégalement obtenues (1973) 33 R du B 27.
- Roberts, D. W., The Legacy of *Regina v. Wray* (1972) 50 C.B.R. 19.
- Sheppard, A. F., Restricting the Discretion to Exclude Admissible Evidence—an Examination of *Regina v. Wray*, (1971-72) 14 Crim. L. Q. 334.

RENOIS

1. Devant l'abondance de la littérature juridique sur cette question, il a été jugé préférable de renvoyer le lecteur à la bibliographie sélective donnée à la fin de la présente étude, afin de ne pas alourdir inutilement le texte.
2. *Ibrahim v. R.*, (1914) A.C. 599.
3. *Boudreau v. The King* (1949) R.C.S. 262, (1949) 7 C.R. 427, (1949) 96 C.C.C. 1, [1949] 3 D.L.R. 81.
4. *Procureur Général de la Province de Québec v. Bégin*, (1955) R.C.S. 593, 21 C.R. 217.
5. Voir: *R. v. Wray*, (1971) R.C.S. 272, (1970) 4 C.C.C. 1, (1970) 11 C.R.N.S. 235 (1970) 11 D.L.R. (3rd) 673. Sur les problèmes spécifiques soulevés par les confessions: Freeman, S., «Admissions and Confessions» dans «Studies in Canadian Criminal Evidence», Toronto, 1972 et Roberts, D., «The Legacy of *Regina v. Wray*,» (1972) 50 C.B.R. 19.
6. *R. v. Wray*, (1971) R.C.S. 272, (1970) 4 C.C.C. 1, (1970) 11 C.R.N.S. 235, (1970) 11 D.L.R. (3rd) 673.
7. *Kuruma v. The Queen*, (1955) 1 All E.R. 236, (1955) A.C. 197.
8. *Noor Mohamed v. The King*, (1949) A.C. 182.
9. *Callis v. Gunn*, (1964) 1 Q.B.R. 495.
10. *R. v. Doyle*, (1886) 12 O.R. 347.
- 10a. Par exemple: *R. v. Gibson*, (1919) 1 W.W.R. 614 (Cour suprême d'Alberta); *R. v. Kostachuck*, (1930) 2 W.W.R. 469 (Cour suprême de Saskatchewan); *R. v. Paris*, (1957) 118 C.C.C. 405 (Cour d'appel du Québec).
11. *R. v. St. Lawrence*, (1949) O.R. 215, (1950) 7 C.R. 464.
12. *Supra*, note 2.
13. *Supra*, note 7.
- 13a. *Procureur Général du Québec v. Bégin*, (1953) R.C.S. 593, p. 602.
14. *Supra*, note 3.
15. Notamment: Jodouin, A. (1970) 1 Rev. Gén. Dr. 390; McDonald, B., (1971) 29 U. of T. Fac. of Law, R. 99; Roberts, D., (1972) 50 C.B.R. 19; Sheppard, A., (1972) 14 Crim. L.Q. 334.
16. *R. v. Wray*, (1970) 9 C.R.N.S. 131, p. 133: «... a trial judge has a discretion to reject evidence even of substantial weight if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused, or calculated to bring into dispute the administration of justice» ...
17. *Supra*, note 11.
18. *Supra*, note 7.
19. *R. v. Wray*, (1971) R.C.S. 272, p. 292, 293.
20. *Idem*, p. 300 et 301.
21. *Idem*, p. 275, 301, 304.
22. *DeClercq v. R.*, (1968) R.C.S. 902, (1969) 1 C.C.C. 197, (1969) 70 D.L.R. (2d) 530.
23. *R. v. Wray*, (1971) R.C.S. 272 p. 279 etc.
24. *Idem*, p. 280.
25. *Idem*, p. 304.
- 25a. Note 28 *infra*.
26. Voir à cet égard la critique qu'en fait le juge Martland dans l'affaire *Wray*, précitée p. 294 etc. Dans l'affaire *Kuruma* en effet, le couteau soit-disant trouvé sur l'accusé n'a jamais été produit en preuve, aucun des témoins soit-disant présents lors de la fouille n'a été entendu, et le

- magistrat qui avait prononcé le jugement n'a pas tenu compte de l'avis des assesseurs avec lesquels il siégeait. Voir également la critique de Williams, G. «The Exclusionary Rule Under Foreign Law: England» (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 272 p. 273 etc.
27. *R. v. Barker*, (1941) 2 K.B. 281. Voir McDonald, B., op. cit note 15 p. 100.
 28. Voir Sheppard, A., op. cit note 15 p. 349 ets., Roberts, D., op. cit note 15 p. 29 ets., Jodouin, A., op. cit note 15 p. 394.
 29. *R. v. Lafrance*, (1972) C.R.N.S. 80.
 30. *R. v. Pettipiece*, (1972) 7 C.C.C. 133. Lors du second appel (17 avril 1973, décision non rapportée), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est estimée liée par l'affaire *Wray*. Voir aussi *R. v. Delio*, (1972) 18 C.A.N.S. 261 (Ont. County C.).
 31. «Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité de la Couronne et la Loi sur les secrets officiels».
 32. Voir Beck, S., «Electronic Surveillance and The Administration of Criminal Justice», (1968) 46 C.B.R. 643 p. 649 où l'auteur cite d'ailleurs à ce sujet un extrait de l'ouvrage de DASH, S., «The Eavesdropping», à cet effet.
 33. La littérature juridique sur la question est extrêmement abondante. Outre les ouvrages classiques sur le sujet tels McCormick, E., "Evidence", 4th ed. p. 982-1082, Wigmore, "Evidence" vol. 8, no. 2183-2189, le lecteur pourra se référer pour une vue synthétique de la question aux ouvrages suivants: Sowle, C., «The Exclusionary Rule Regarding illegally Seized Evidence», Chicago—1962; Allen, A. "The Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure", (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 246; Oaks, J., "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", (1969-70) 37 U of Chic. Law Rev. 665; Paulsen, M. "The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police", (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 255; Pitler, R., "Fruit of the Poisonous Tree, a Plea for a Relevant Criteria" (1967) 155 U. of Pen. L.R. 1136; "Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Sphepardized" (1968) 56 Cal. L. Rev. 579; Exclusionary Rule in Search and Seizure: Examination and Prognosis (1972), 20 Kan. L. Rev. 768; Voir aussi pour un résumé sommaire mais précis de l'état du droit positif américain sur le sujet: Heydon, J. "Illegally Obtained Evidence", (1973) Crim. L. Rev. 603 p. 610 ets., Gibson, R., "Illegally Obtained Evidence" (1973) U. of T. Law Rev. 23.
 34. *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914).
 35. *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).
 36. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).
 37. *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886); *Adams v. New York*, 192 U.S. 585 (1904).
 38. *Supra*, note 34.
 39. *Supra*, note 35.
 40. *Supra*, note 36.
 41. Voir *Silverman, v. U.S.*, 365 U.S. 505 (1961); *Wong Sun. v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1973).
 42. Heydon, op. cit., *supra*, note 33, p. 611; Wigmore op. cit. *supra*, note 33; McCormick, op. cit. *supra*, note 33.
 43. Voir entre autres: McGarr, F., "The Exclusionary Rule: "An Ill-Conceived and Ineffective Remedy", (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 266; La Fave, R., "Controlling the Police: The Judge's Role in Making and Reviewing Law Enforcement Decision", (1965) 63 Mich. L. Rev. 987; Oaks, J. "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", (1970) 37 U. of Chic. L. Rev. 665; Wingo, H., «Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule», (1971) 25 S.W.L.J. 573; Wright, J., "Must the Criminal Go Free if the Constable Blunder?", (1972) 50 Tex. L. Rev. 736; Hoenig R. and Walker, L. "The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure", (1972) 63 J. Crim. L. 256. Il faut aussi signaler l'opposition du juge en chef Burger de la Cour suprême des États-Unis dans: *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403, U.S. 388, (1971).
- Contra*: Little, C.D. "The Exclusionary Rule of Evidence as Means of Enforcing 4th Amendment Morality on Police, (1970) 3 Ind. Leg. For 309; Pitler, R. "Decline of the Exclusionary Rule: An Alternative to Injustice", (1972) S.W.U.L. Rev. 68; Spiotto, J., "Judicial Integrity and Judicial Review: an Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule", (1973) U.C.L.A. Law Rev. 1129; voir aussi *infra* note 80.
44. *Infra*, 1. ets.

45. Sur la question en droit anglais voir entre autres Cross, R., "Evidence" 3rd ed. p. 262. Williams, G., "Evidence Obtained by Illegal Means", (1955) *Crim. L. Rev.* 339; "The Exclusionary Rule Under Foreign Law England", (1961) 52, *J. Crim. L. C. and P.S.* 272; Heydon, J., "Illegally Obtained Evidence", (1973) *Crim. L. Rev.* 603; Gibson, R., "Illegally Obtained Evidence", (1973) *U. of T. L. Rev.* 23 p. 26 ets.
46. *Kuruma v. R.*, (1955) *All E.R.* 236; (1955) *A.C.* 197; voir aussi *R. v. Warickshall* 168 *E.R.* 234.
47. *Kuruma v. R.*, (1955) *All E.R.* 236 p. 239.
48. *Idem* à la p. 236.
49. *Idem*.
50. Voir *Callis v. Gunn*, (1964) 1 *Q.B.* 495.
51. *Supra*.
52. *R. v. Leathan*, (1861), 8 *Cox. C.C.* 498 p. 501.
53. Sur le droit écossais et irlandais voir entre autres: Cross, R. "Evidence" 3rd ed., p. 262; Heydon, J., "Illegally Obtained Evidence", (1973) *Crim. L.J.*, 603, 607 ets. Gray, J., "The Admissibility of Evidence Illegally or Unfairly Obtained in Scotland", (1966) 11 *Jur. Rev.* 89; Murray, L., "Admissibility of Evidence Illegally Obtained", (1958) *Law Rev.* 73.
54. *Lawrie v. Muir*, (1950) *S.L.T.* 19.
55. Heydon, J., "Illegally Obtained Evidence", (1973) *Crim. L.J.*, 603, p. 608 ets et jurisprudence y citée.
56. Bouzat, P., «La loyauté dans la recherche des preuves dans «Mélanges Huguenev», 1964 p. 155; Levasseur, G., Les nullités de l'instruction préparatoire dans «Mélanges Patin», 1962 p. 469; Chambon, L., «Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire?». D—1959—1170; Robert, J.M. «Nullités de procédure pénale et bonne administration de la justice» D—1971 *CHR.*—85; Vouin, R. "The Exclusionary Rule under Foreign Law: France" (1961) 52 *J. Crim. L.C. and P.S.*, 275; Bouzat, P. et Pinatel, P., «Traité de droit pénal et de criminologie», 2^e éd., 1970, et. 2 p. 1241 ets., no. 1301 ets. Merle, R. et Vitu, A. «Traité de droit criminel» 1967, no. 1055 et p. 991 etc.
57. Clemens, W., "The Exclusionary Rule under Foreign Law; Germany", (1961) 52 *Crim. L.C. and P.S.* 277.
58. Cohn, H., "The Exclusionary Rule under Foreign Law: Israel", (1961), 52 *J. Crim. L.C. and P.S.* 282.
59. Parmi la très nombreuse documentation sur le sujet, il convient de signaler plus particulièrement les études suivantes: Gunther, M., «The Exclusionary Rule in Context» (1972) 50, *N. C. L. Rev.* 1049; Hoenig, R., and Walker, L., «The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure» (1972) 63 *J. Crim. L.* 256; McGarr, F., «The Exclusionary Rule; an Ill-Conceived and Ineffective Remedy» (1961) 52 *J. Crim. L.C. and P.S.* 266; Nagel, F., «Testing the Effects of Excluding Illegally Seized Evidence» (1965) *Wisc. Law Rev.* 283; Oaks, J., «Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure», (1969-70) *U. of Chic. L. Rev.* 665; Paulsen, M., «Exclusionary Rule and Misconduct by the Police» (1961) 52 *J. Crim. L.C. and P.S.* 255; Patenaude, P., «De l'admissibilité devant les tribunaux civils des preuves illégalement obtenues» (1973) *R. du B.* 27; Pitler, R., «Fruit of the Poisonous Tree, a Plea for Relevant Criteria» (1967) 115 *U. of Pen. Law Rev.* 1136; Spiotto, J., «Judicial Integrity and Judicial Review: An Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule» (1973) 20 *U.C.L.A. Law Rev.* 119; «Search and Seizure, an Empirical Study of the Exclusionary Rule and its Alternative» (1973) 2 *J. of Legal Studies* 243; Wingo, H., «Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule» (1971) 25 *S.W.L.J.* 573.
60. Wigmore, op. cit. no 2184a p. 51.
61. *Mapp v. Ohio*, 367 *U.S.* 693 (1961).
62. Oaks, J., «Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure» (1969) *U. of Chic. Law Rev.* 665.
63. Oaks, J. loc. cit. p. 678 ets. Spiotto, J. «The Search and Seizure Problem: Two Approaches: The Canadian Tort Remedy and the U.S. Exclusionary Rule» (1973) 1 *J. of P.S. and A.* 36; «Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and its Alternatives» (1973) 2 *J. of*

- Legal Studies 243. Voir aussi Katz, L., "The Supreme Court and the State: An inquiry in *Mapp v. Ohio* in North Carolina" (1966) 45 North C. Law Rev. 119, Nagel, R., "Testing the Effects of Excluding Illegally Seized Evidence" (1965) Wisc. Law Rev. 283.
64. Voir à cet égard plus particulièrement: Wingo, H., "Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule," (1971) 25 So. W. Law J. 573, 577 ets. Aussi Paulsen, M., "The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police" (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 255 p. 257.
 - 64a. Voir l'opinion du juge en chef Burger, W., dans *Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Agents*, 403, U.S. 388 (1971) p. 422 etc.
 65. Voir entre autres: Oaks, J., loc. cit. p. 665; Paulsen, M., "The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police" (1961) 52 J. Crim. L. and P.S. 225 p. 260; Wingo, H., "Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule" (1971) 25 S. West L.J. 573 p. 581 ets; Hoenig, R., and Walker, L., "The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure" (1972) 63 J. Crim. L. 256; Gunther, M., "Comment: The Exclusionary Rule in Context" (1972) 50 North Car. Law Rev. 1049; Lafave, W., "Improving Police Performance through the Exclusionary Rule" (1955) 30 Mo. Law. Rev. 391. 566.
 66. Martin, A., "The Exclusionary Rule under Foreign Law: Canada" (1961) 52 J. Crim. L. and P.S. 271.
 67. Weiler, P., "The Control of Police Arrests Practices: Reflections of a Tort Lawyer" dans: "Studies in Canadian Tort Law" 1968 p. 416.
 68. Spiotto, J., "The Search and Seizure Problem: Two Approaches: The Canadian Tort Remedy and the U.S. Exclusionary Rule" op. cit. p. 49.
 69. Par exemple: *Chaput v. Romain*, (1955) R.C.S. 834; *Lamb v. Benoit*, (1959) R.C.S. 321. Voir aussi Giroux, L., "Municipal Liability for Police Tort in the Province of Quebec" (1970) 11 Cah. de Dr.
 70. *Terry v. Ohio*, 393 U.S. 1 p. 14 (1968), aussi: Burger, W., "Who Will Watch the Watchman?" (1971) 14 Am. U.L. Rev. 1.
 71. Voir plus particulièrement à cet égard: Oaks, J., loc. cit. p. 665 et McGarr, F., "The Exclusionary Rule: An Ill-conceived and Ineffective Remedy" (1961) 52 J. Crim. L. and P.S. 266; Paulsen, M., loc. cit. 255; Patenaude, P., "De l'admissibilité devant les tribunaux civils des preuves illégalement obtenues" (1973) 33 R. du B. 27.
 72. Cet argument défendu aux États-Unis par référence aux dispositions expresses de la Constitution américaine (5^e et 14^e Amendements), peut être transposé pour le Canada en raison de l'existence de la Déclaration canadienne des droits. S.R.C., 1970 Ch. 44.
 73. Comme le note un auteur: Rawls, J., "A Theory of Justice" 1972 p. 239: le principe de la légalité exige l'application régulière de la loi d'une façon qui soit conforme aux autres buts, que celui de la découverte pure et simple de la vérité.
 74. *Supra*.
 - 74a. *Breithaupt v. Abram*, 352 U.S. 432 p. 436 (1957).
 75. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, 1969, p. 79 ets.
 76. Voir à cet effet Pitler, A., "Fruits of the Poisonous Tree, a Plea for Relevant Criteria" (1967) 115 U. of Pen Law Rev. 1136 p. 1148; "Fruits of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized" (1968) 56 Cal. Law. Rev. 579 p. 583 ets.
 77. A cet effet Pitler, A., loc. cit. p. 1148.
 78. Voir à cet égard l'analyse de Newett, A., "Law Enforcement and the Conflict of Values", (1970) 16 McGill L. J. 1 p. 5.
 79. Pour le Canada voir notamment: Beck, S., "Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice" (1968) 46 C.B. Rev. 643; Macdonald, B., (1971) 29 U. of T. Law Rev. 99; Sheppard, A., "Restricting the Discretion to Exclude Admissible Evidence, an Examination of *R. v. Wray*," (1971) 14 Crim. L. Q. 334; Mewett, A., "Law Enforcement and the Conflicts of Values" (1970) 16 McGill L.J. 1 p. 17; Gibson, R., "Illegally Obtained Evidence" (1973) U. of T. Fac. L. Rev. 23 p. 36 ets.
 80. Pour les U.S.A., voir: Wingo, H., "Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule" (1971) 25 So. W.L.J. 573. C'est la solution proposée d'ailleurs entre autres par le "Model Code of Pre-Arrest Procedure", Sect. 8-02 (1971—Tentative Draft), par un projet de loi déposé devant le Congrès cette année même et qui reprend sous une autre forme les suggestions faites par le juge en chef Burger (S-881—93^e Cong. 1^{re} Session—1973). Voir "Exclusionary Rule Wins

Approval» (1973) 59 A.B.A.J. 387 qui contient une critique par l'American Bar Association du projet de loi en question.

81. Voir *supra* p. 17 ets.

82. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle 1969 p. 80.



LA PREUVE

11. CORROBORATION

Document préliminaire de la
Section de recherche sur le droit de la preuve

1975

130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Information Canada
Ottawa, 1975
Nº de cat.: J31-7/1974

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
INTRODUCTION	5
COMPLICES	9
VICTIMES D'INFRACTIONS D'ORDRE SEXUEL	11
TÉMOIGNAGE DES ENFANTS.....	13
PARJURE	15
TRAHISON	17
FAUX	19

INTRODUCTION

La common law partait du principe général que le verdict pouvait à juste titre reposer sur la déposition d'un seul témoin habile à témoigner. Néanmoins, surtout au cours des cent dernières années, à la suite de l'adoption de certaines dispositions législatives et aussi par décision judiciaire, certaines exceptions à cette règle ont fait jour.

Dans l'état actuel du droit, un prévenu ne peut être reconnu coupable sur la foi d'un enfant qui ne témoigne pas sous serment, ou sur la foi de la victime de certaines infractions d'ordre sexuel, à moins que les dépositions de ces témoins ne soient corroborées. En ce qui a trait aux autres catégories de témoins, complices, enfants déposant sous la foi du serment et victimes de certaines autres infractions d'ordre sexuel, le juge doit mettre le jury en garde et l'avertir que, s'il peut rendre un verdict de culpabilité en se fondant sur la déposition de ces témoins, il est dangereux d'agir ainsi sans que le témoignage de ces témoins ne soit corroboré. Finalement, dans l'état actuel du droit, la déposition d'un seul témoin ne suffit pas pour fonder un verdict de culpabilité en cas de parjure, de trahison ou de faux. Nous recommandons l'abolition de toutes ces exceptions à la règle générale suivant laquelle le verdict peut à bon droit reposer sur la preuve apportée par un seul témoin, si celui-ci est habile à témoigner.

En fait, la common law a exclu plusieurs preuves pertinentes à l'occasion d'un procès, de crainte qu'elles soient falsifiées et aussi parce qu'on doutait que le jury soit capable de les apprécier. Par exemple, à un certain moment les condamnés, les parties et les personnes ayant un intérêt dans la cause étaient tous considérés comme indignes de confiance et, en conséquence, n'étaient pas admis à rendre témoignage. Cette crainte de la falsification des preuves et cette méfiance en ce qui a trait à la capacité du jury d'en apprécier la valeur ont été à bon droit écartées au milieu du dix-huitième siècle, et les facteurs qui influençaient jadis l'habilité à rendre témoignage n'influencent aujourd'hui que la crédibilité du témoin. (Voir le document préliminaire n° 1 ; *L'habilité et la contrainte à témoigner*). Ce revirement des règles de preuve s'inspirait du principe fondamental à la base de tout système de preuve rationnel: toute preuve pertinente est admissible à moins que des motifs sérieux et impératifs n'exigent son exclusion. Tous nos documents de travail s'inspirent de ce principe.

Bon nombre des exigences les plus communément requises en matière de corroboration ou de mise en garde du jury se fondent sur les mêmes raisons justifiant les règles traditionnelles relatives à l'incapacité des témoins à témoigner. Ainsi, l'on suppose que le témoignage des complices, des enfants ou des victimes d'infractions d'ordre sexuel est, semble-t-il, susceptible d'induire le jury en erreur. De ce fait, l'on ne pourrait logiquement laisser au jury le soin d'apprécier les témoignages sans que ceux-ci n'aient d'abord été corroborés. Nos documents

préliminaires sont aussi imbus de ce principe, à savoir que nous ne devrions pas asseoir un système de preuve sur le postulat que tous les jurés sont ignares et dépourvus de l'expérience nécessaire pour apprécier la preuve et porter des jugements. Il est facile de prouver que les jurés d'aujourd'hui sont beaucoup plus évolués et plus instruits que ceux de l'époque qui a vu naître les règles de preuve. L'on ne peut, par contre, déterminer aussi aisément si les jurés peuvent aujourd'hui apprécier le genre de preuve qui doit, en principe, être corroborée. La seule étude empirique d'importance en ce domaine concluait non seulement que le jury reçoit et comprend la preuve aussi bien que le juge, mais aussi que les décisions du jury et du juge concordaient généralement lorsque la crédibilité des témoins était en cause. En fait, on a trouvé que le jury était aussi prudent que le juge dans l'appréciation des témoignages des enfants dans les causes relatives à des infractions sexuelles ainsi que dans l'appréciation du témoignage des complices (H. Kalven et H. Zeisel, *The American Jury*, ch. 11, 13 (1966)). Il semble que ceci ne fait que confirmer ce que le bon sens nous dicte. La plupart des jurés connaissent bien les faiblesses qui marquent le témoignage des enfants, des victimes d'infractions d'ordre sexuel et des complices, et si tel n'est pas le cas, si ces faiblesses ne sautent pas immédiatement aux yeux des jurés, l'un des avocats les portera sûrement à leur attention.

Il est particulièrement difficile de justifier les règles exigeant que le témoignage de certaines catégories de témoins soit corroboré ou que le jury soit averti qu'il est dangereux de prononcer un verdict de culpabilité sur la seule foi de ces témoins. En effet, l'appréciation de tout autre témoignage est laissée au jury, même si la crédibilité du témoin a été fortement mise en doute, et il peut prononcer un verdict fondé sur ce seul témoignage. On peut contester en outre qu'il soit rationnellement possible de soutenir une appréciation définitive du témoignage d'un individu en se basant uniquement sur l'appartenance de cet individu à une catégorie déterminée de personnes. L'étude a fait siens les commentaires du juge Joy, juge en chef de la Cour de l'Échiquier en Grande-Bretagne, consignés dans sa monographie intitulée *Evidence of Accomplices* (1844). Commentant la pratique, née en Irlande semble-t-il, suivant laquelle on préférerait ne pas envoyer pour audition devant jury toute cause fondée sur le témoignage non corroboré d'un complice du prévenu, le savant juge écrit :

[TRADUCTION] Il me paraît évident qu'un juge, résolu a priori à rejeter le témoignage d'un témoin compétent, le jugeant indigne de crédibilité, sans jamais avoir vu le témoin, sans même avoir observé son comportement, ses manières, son attitude; avant même d'avoir eu l'occasion d'apprécier la logique et la probabilité de sa version des faits; sans même qu'il sache la nature du crime dont il allait s'avouer coupable, ni la tentation de ce faire, ni la condamnation qui s'ensuivrait; qu'un juge, dis-je, soit disposé d'avance à conseiller au jury de rejeter sans plus de considération une telle déposition, même si par la suite lui-même et le jury sont parfaitement convaincus de la véracité de celle-ci, semble violer les principes du bon sens, les préceptes de la morale et le caractère sacré du serment des jurés.

Ces remarques pourraient tout aussi bien s'appliquer aujourd'hui, alors qu'il est devenu pratique courante d'exiger la corroboration ou de mettre en garde les jurés contre la tentation de condamner un prévenu sans qu'il y ait eu corroboration des témoignages. Il y a donc lieu, compte tenu des variations considérables du degré de crédibilité des témoignages, d'être prudent dans l'imposition d'une ligne de conduite rigide établissant à l'avance la valeur d'un témoignage. Il ne faudrait avoir recours à une telle mesure que s'il est établi qu'une catégorie

spécifique de personnes mérite une telle stigmatisation. Les tenants d'une nouvelle méthode, laquelle s'écarterait de la méthode traditionnelle de détermination de la crédibilité d'un témoin par l'étude de chaque cas à son mérite, devront se rendre à des exigences très sévères. De même il incombe à celui qui se fait l'avocat d'une règle subordonnant la condamnation pour un crime donné à la présentation d'une quantité déterminée de preuves de démontrer le bien-fondé de cette mesure discriminatoire. Par exemple, il lui faudrait nous convaincre de l'opportunité de déclarer un prévenu coupable de meurtre sur la foi d'un seul témoignage non corroboré, ou de l'inopportunité d'une condamnation pour faux, par exemple, sur la foi d'une telle preuve.

Selon Wigmore, un des dangers possibles inhérents à l'obligation de corroboration est la génération d'une confiance aveugle en ce procédé empirique. Cet auteur de doctrine a soutenu [TRADUCTION]: «(Cette prescription) semble n'être qu'une mesure grossière et puérile, si l'on doit l'invoquer comme un moyen sûr de déterminer la crédibilité du témoin à charge dans ces poursuites... Cette règle du droit... suscite généralement une confiance aveugle en ce procédé empirique». Wigmore, *Evidence*, par. 2061 (3^e éd. 1940). Aucun procédé de ce genre ne peut remplacer, dans la détermination des faits, une étude sérieuse de la crédibilité d'un témoin, laquelle passerait au peigne fin tous les facteurs qui peuvent affaiblir la valeur de son témoignage. Si un témoin paraît digne de crédibilité et qu'au surplus le juge des faits considère son témoignage digne de foi, cela seul devrait suffire à étayer le verdict. Par contre si l'on doute de la crédibilité d'un témoin, la simple présence d'une preuve corroborative ne devrait pas nous autoriser d'emblée à croire en son témoignage. Une étude empirique menée en Angleterre semble indiquer, ce qui peut-être ne surprendra personne, que si un juge sert à un jury une mise en garde, comme il est de pratique courante aujourd'hui, prévenant les jurés du danger de rendre un verdict de culpabilité fondé sur une preuve non corroborée, il y a plus de chances que les jurés prononcent un tel verdict que s'ils n'avaient reçu aucune directive particulière à cet égard. *L.S.E. Jury Project, Juries and the Rules of Evidence*, [1973] Crim. L. R. 208.

La complexité notoire des règles actuelles en matière de corroboration militent en faveur de leur abrogation. Ce motif vient s'ajouter à celui de la perfidité des prémisses sur lesquelles reposent à l'heure actuelle nos règles de corroboration, dont le principe de l'appréciation de la crédibilité des témoins par voie de catégorisation et l'exigence formelle de la corroboration des témoignages. Ainsi, ces règles ont engendré de nombreux appels d'un bien-fondé douteux sur des questions de procédure. La définition classique de la corroboration en matière pénale est celle énoncée par Lord Reading dans l'affaire *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658, 667:

[TRADUCTION] Nous jugeons que la déposition apportée en corroboration doit être un témoignage indépendant qui vise l'inculpé en le reliant ou en tendant à le relier au crime commis. En d'autres termes, ce doit être une déposition qui implique l'inculpé, c'est-à-dire un témoignage qui confirme, sous quelque rapport pertinent, non seulement que le crime a été commis, mais aussi que l'inculpé l'a commis.

Cette définition judiciaire a aujourd'hui force de loi au Canada. A l'instar d'autres pratiques législatives, l'on s'est éloigné de la pratique traditionnelle d'antan dont la sagesse dictait une prudence naturelle à l'égard des dépositions de

certaines témoins, en s'aventurant plutôt dans les dédales des règles de procédure fort complexes et inaccessibles au non-initié. Le présent document ne se propose pas d'exposer en détail tout l'édifice juridique qui fut érigé à partir de l'énoncé premier voulant que la déposition de certains témoins soit abordée avec prudence. On n'a qu'à s'en remettre aux commentaires écrits suscités par ce domaine du droit pour se convaincre de la complexité inouïe, des subtilités et des incohérences que nous a léguées la jurisprudence abondante en ce domaine. (Branca, *Corroboration*, dans R.E. Salhany, et R.J. Carter, *Studies in Canadian Criminal Evidence*, 133 (1972); Mahoney, *Corroboration Revisited*, dans les textes de l'Association du Barreau canadien publiés sous le titre *Studies in Criminal Law and Procedure* 133 (1973); Savage, *Corroboration*, 6 Crim. L.Q. 159, 282 (1963-64)).

Nous passerons brièvement en revue le droit actuel en ce qui a trait au témoignage des complices, des victimes d'infractions d'ordre sexuel et des enfants. Nous nous pencherons aussi sur les règles de la corroboration en matière de parjure, de trahison et de faux.

COMPLICES

Dès le 18^e siècle, en Angleterre, les juges ont couramment mis en garde le jury contre le caractère suspect du témoignage des complices. Comme le fait remarquer lord Abinger dans l'affaire *R. v. Farler*, (1837) 173 E.R. 418:

[TRADUCTION] Une des pratiques qui mérite un grand respect de la part de la loi est celle des juges qui ont uniformément averti les jurés de ne tenir aucun compte du témoignage d'un complice à moins que des circonstances matérielles ne corroborent ledit témoignage... En effet, lorsqu'un homme sait à quoi s'en tenir et sait que sa propre culpabilité est découverte, il cherche à obtenir l'impunité en accusant à tort les autres.

Ce n'est qu'au début de notre siècle que cette pratique est devenue une règle de droit (*R. v. Baskerville*, supra; *Davies v. D.P.P.* [1954] A.C. 378 (H.L.); *Gouin v. R.* [1926] S.C.R. 539) et celle-ci exige des juges dans une affaire où il est établi qu'un témoin cité pour le compte de la poursuite pourrait être un complice, qu'ils informent les jurés qu'il est légalement de leur ressort de rendre un verdict de culpabilité, mais qu'il est dangereux de le faire sur la base du témoignage non corroboré d'un complice. Ils peuvent aussi leur conseiller de ne pas prononcer un tel verdict sur la seule foi d'un témoignage non corroboré. Cette règle doit être suivie avec une précision quasi mathématique, sans tenir compte de la nature de l'accusation, des circonstances de l'espèce ou de la personnalité du complice. Alors qu'au 19^e siècle on laissait à chaque juge le soin de formuler une mise en garde, il est devenu obligatoire pour le juge du 20^e siècle de donner des directives précises à cet égard, à défaut de quoi on réussirait presque toujours à faire casser le verdict en appel.

Il revient au juge de déterminer si le témoin est un complice au sens de la loi. En effet, ceci est une question de droit. Les jurés doivent, eux, déterminer si ledit témoin est, de fait, un complice (*R. v. Gauthier* (1954) 108 C.C.C. 390 (C.A. Ont.)). Ce serait, de la part du juge instrumentant, une erreur grave et qui pourrait être fatale à l'accusation, que de ne pas expliquer aux jurés *qui*, au sens de la loi, peut être un complice, et de ne pas attirer leur attention sur les faits qui pourraient prouver la complicité de certains témoins (*MacDonald v. le Roi* [1947] S.C.R. 90, 94; *Vigeant v. le Roi* [1930] S.C.R. 396, 399). La question de déterminer *qui*, au sens de la loi, peut être un complice, a occasionné de longs débats jurisprudentiels et n'est pas encore tout à fait résolue.

L'on peut critiquer, pour de nombreuses raisons, l'obligation imposée au juge de servir une mise en garde dans le cas du témoignage de complices. D'une part, la mise en garde donnée au jury devient si compliquée que les jurés ont probablement beaucoup de difficulté à la comprendre, ce qui a pour effet de compliquer au lieu de simplifier les délibérations sur la preuve soumise. La complexité des directives fait aussi que les juges eux-mêmes commettent souvent des erreurs sur ce plan, qui se traduisent par des appels fondés sur de simples

questions de procédure. Aussi, il arrive souvent qu'un complice n'ait aucun motif à faire un faux témoignage dans l'affaire en cause; cependant la mise en garde est encore exigée. Cette règle de preuve part de la prémisse suivant laquelle les jurés seront induits en erreur par le témoignage d'un complice qui a intérêt à mentir, mais qu'ils ne le seront pas par la déposition d'un autre témoin qui lui, n'est pas un complice, lequel cependant peut avoir une raison encore plus impérieuse, quoique inconnue, de mentir.

VICTIMES D'INFRACTIONS D'ORDRE SEXUEL

Nul accusé peut être déclaré coupable des infractions suivantes sur la seule foi du témoignage d'un seul témoin, habituellement la victime, à moins que la déposition du témoin ne soit corroborée: relations sexuelles avec une personne faible d'esprit, inceste, séduction, relations sexuelles avec sa belle-fille par remariage, etc., ou avec son employée de sexe féminin, défloremment, proxénétisme, obtention de mariage feint (Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, 139(1), 195(3), 256). Pour les infractions énumérées ci-après, si l'unique preuve mettant l'inculpé en cause est le témoignage de la victime, le juge doit avertir les jurés «... qu'il n'est pas prudent de conclure à la culpabilité de l'inculpé en l'absence de... corroboration, mais qu'ils ont le droit de prononcer un verdict de culpabilité s'ils sont convaincus au-delà de tout doute raisonnable de la véracité de la déposition de la victime»: viol, tentative de viol, rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans et attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin (Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 142).

Il est difficile de saisir la logique à la base des distinctions entre les degrés de preuve requis dans le cas des diverses infractions d'ordre sexuel figurant au Code criminel. Nous traiterons ici de ces divers degrés de preuve, en prenant à titre d'exemple, le viol.

Les tribunaux et les commentateurs juridiques ont avancé un certain nombre de raisons pour justifier la nécessité qu'il y ait corroboration des témoignages dans les affaires de viol, ou du moins, en l'absence d'une telle corroboration, de l'obligation de mettre le jury en garde. En premier lieu, on prétend que les fausses accusations sont beaucoup plus fréquentes en matière de viol que c'est le cas pour d'autres crimes. Il arrive qu'une femme puisse accuser un innocent de l'avoir violée. Cette accusation mensongère s'explique par divers motifs: ayant consenti à des rapports sexuels, elle se sent ensuite flétrie et pleine d'amertume envers son partenaire; ou encore, c'est dans le but de protéger son nom ou sa réputation advenant la révélation de ses rapports sexuels avec le prévenu; elle peut même agir ainsi à des fins de chantage, de jalousie, de revanche ou encore pour faire parler d'elle. Mais en plus d'être portées à monter de toutes pièces, délibérément, des accusations de viol, les femmes seraient susceptibles, dit-on, de se laisser emporter par leur imagination à cet égard, et souvent de confondre une attaque imaginaire avec une attaque réelle. Aussi, il semble qu'en matière d'infractions d'ordre sexuel, la défense peut être à court de preuves pour étayer sa version des faits. En effet, il est difficile de démontrer la fausseté d'une allégation de viol. Enfin, on craint que l'émotion suscitée par le caractère outrageant des infractions d'ordre sexuel ne mette souvent en péril la présomption d'innocence dont tout inculpé doit bénéficier tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Le jury pourrait ainsi rendre un verdict de culpabilité seulement en raison de la sympathie qu'il ressent à l'égard de la victime.

La *English Criminal Law Revision Committee*, bien qu'elle préconise l'abolition de l'obligation de servir une mise en garde au jury relativement au témoignage d'un complice, recommande que l'on continue à prendre des précautions spéciales dans le cas d'infractions d'ordre sexuel. Justifiant les réformes différentes proposées en ce qui concerne les complices et les victimes dans les affaires d'ordre sexuel, le comité faisait remarquer:

[TRADUCTION]... la justification de cette obligation est tout à fait différente dans les affaires à caractère sexuel que dans celles impliquant un complice. Dans les affaires à caractère sexuel, il y a danger que la plaignante ait porté une accusation mensongère pour divers motifs: névrose sexuelle, jalousie, fantaisie, rancune; ou encore, il peut s'agir d'une personne qui refuse d'admettre qu'elle a consenti à un acte dont elle a maintenant honte. Dans le cas d'un complice, le fait que le témoin soit un complice est en lui-même suffisant pour justifier une méfiance à l'égard de son témoignage. Dans le cas d'un délinquant sexuel, le danger de croire en son témoignage n'est peut-être pas aussi apparent. De plus, la nature de la preuve peut rendre le jury trop compatissant à l'égard de la plaignante, le rendant ainsi hostile à l'inculpé.

(*Report on Evidence (General)* 1972, mod. 4991, par. 186-188).

Le comité a fait cette proposition quoiqu'il avouait que, dans bien des cas, les circonstances entourant la commission d'une infraction sexuelle éliminaient à toutes fins pratiques toute possibilité de corroboration, et ceci malgré le fait qu'il estimait que la moralité et la crédibilité de la plaignante pouvaient varier énormément d'une affaire à l'autre. Il n'est pas démontré, à notre avis, que les failles dans le témoignage de la victime soient dissimulées à ce point et puissent échapper aux efforts déployés par la défense pour les mettre à jour au point que cette distinction doive être faite. En effet, si le caractère suspect du témoignage est aussi dissimulé que le prétend le comité, l'on peut difficilement justifier cette partie de la directive qui avise le jury qu'il peut rendre un verdict de culpabilité s'il croit effectivement le témoin.

Nonobstant le danger potentiel que le jury soit induit en erreur par le témoignage de la victime dans une affaire de viol, des études récentes ont tendance à suggérer la fausseté des prémisses sur lesquelles se fonde l'exigence impérative de corroboration, soit la fréquence des accusations mensongères dues à des troubles psychologiques de la victime et la crainte que le jury soit compatissant envers la victime d'une infraction sexuelle et soit, de ce fait, prédisposé à rendre un verdict de culpabilité. La plupart des travaux récents en ce domaine ont été colligés et étudiés dans l'article Comment, *The Rape Corroboration Requirement: Repeal Not Reform*, 81 *Yale Law Journal* 1365 (1972). Voir aussi Chappell, Geis, Fogarty, *Forcible Rape: Bibliography*, 65 *Journal of Criminal Law and Criminology*, 248(1974).

TÉMOIGNAGE DES ENFANTS

Bien qu'on puisse faire témoigner les enfants sous serment, on considère leur témoignage avec une prudence telle que le juge peut être tenu de donner une mise en garde analogue à celle donnée à l'occasion de la déposition d'un complice (*Horsburgh c. la Reine*, [1967] S.C.R., 746). La raison en a été donnée dans l'affaire *Kendall c. La Reine* [1962] S.C.R. 469:

[TRADUCTION] La règle de pratique exigeant du juge qu'il mette en garde le jury contre le danger de déclarer un accusé coupable sur la foi du témoignage d'un enfant, même lorsque celui-ci témoigne sous serment, est fondée sur le manque de maturité mentale de l'enfant. Cette carence se retrouve sous quatre rapports: 1. Sa capacité d'observer. 2. Sa capacité de mémoriser. 3. Sa capacité de comprendre les questions posées et de formuler des réponses intelligentes. 4. Sa responsabilité morale.

En plus de prévoir une mise en garde lorsque des enfants témoignent sous serment, certaines lois prévoient également que si le témoignage d'un enfant n'est pas rendu sous serment, il ne peut étayer un verdict de culpabilité à moins d'être corroboré: voir à cet effet l'article 586 du Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34; l'article 19 de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3; l'article 16(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10.

La différence entre le traitement accordé aux enfants qui réunissent les conditions pour pouvoir prêter serment et celui accordé aux enfants qui ne déposent pas sous serment est difficile à justifier. Des dangers inhérents aux témoignages des enfants proviennent en grande partie du fait que leur perception, leur mémoire et l'expression de leur pensée sont taxées d'une incapacité involontaire. Il est même contestable qu'un enfant ne comprenant pas la nature du serment soit plus porté à mentir délibérément qu'un autre qui en comprend la nature. Cependant, il ne nous suffirait pas d'exiger tout simplement, par exemple, une mise en garde chaque fois qu'un enfant témoigne, sous serment ou non. Nous recommandons même qu'il ne soit plus obligatoire pour le juge de servir cette mise en garde. Dans certains cas, les enfants font d'excellents témoins, car ils sont des observateurs attentifs; la plupart des gens, sinon tous, savent que les enfants sont facilement influençables et qu'en raison de leur imagination féconde, il leur arrive de broder un récit. Il n'existe, certes, aucune preuve qui puisse démontrer que les jurés soient portés à être induits en erreur par le témoignage des enfants. Toutefois, l'on se rappellera que dans un document d'étude antérieur, le document préliminaire n° 1 intitulé «L'habilité et la contrainte à témoigner», nous faisons état de l'étude, actuellement en cours, parrainée par la Commission de réforme du droit portant sur le témoignage des enfants en général. Bien sûr, dans les recommandations que nous soumettrons, nous tiendrons compte non seulement des commentaires reçus à la suite de la publication du présent document, mais aussi des résultats de cette étude empirique.

PARJURE

Le parjure figure parmi les quelques infractions exigeant la corroboration (Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 123). L'historique de cette obligation voulant que le témoignage d'un seul témoin ne soit pas suffisant afin qu'un individu soit reconnu coupable de parjure, est exposé à fond dans 7 Wigmore, *Evidence*, s. 2040 (3^e éd., 1940). En bref, l'explication réside dans le fait qu'à l'origine, c'est la Court of Star Chamber qui était presque la seule à connaître des crimes de parjure. La procédure de la Court of Star Chamber obéissait à la méthode ecclésiastique ou civiliste, en vigueur en Europe continentale jusqu'à l'époque de Napoléon, qui reposait sur un système numérique de preuve. Dans un tel système, la déposition d'un seul témoin ne suffisait pas à établir un fait. La valeur d'un témoignage était alors mesurée par l'attribution d'une valeur numérique, parfois même une fraction, à ce témoignage, suivant l'importance du litige en cause. Il n'est donc pas surprenant de constater que la Court of Star Chamber exigeait deux témoins pour établir le parjure. La Star Chamber ayant été abolie et sa juridiction transférée à la Cour du Banc du Roi, la pratique vétuste voulant qu'il soit nécessaire qu'il y ait deux témoignages afin de soutenir une accusation de parjure a été adoptée par les tribunaux de common law bien que ceux-ci aient clairement rejeté, au 17^e siècle, le système numérique ecclésiastique. Wigmore explique l'acceptation par la common law de cette règle exceptionnelle par le fait que le parjure était l'unique crime justifiant l'application de la théorie quantitative à l'époque où elle fut adoptée. A ce moment de l'évolution du droit de la preuve, une personne accusée d'un crime n'avait pas le droit de témoigner. Aussi, dans la plupart des affaires criminelles, la défense ne s'opposait pas à la prestation de serment d'un témoin à charge. Mais dans les affaires de parjure, l'inculpé ayant déjà témoigné sous la foi du serment, c'était souvent un cas de confrontation entre deux serments. La common law à cette époque, bien qu'elle n'ait pas adopté le système numérique, attachait beaucoup d'importance à la prestation du serment. Aussi Wigmore soutient qu'il n'y a peut-être pas lieu de s'étonner que la common law ait retenu la règle des deux serments, ou des deux témoins, pour les affaires de parjure.

La raison qui expliquait à l'origine l'obligation de corroboration dans les affaires de parjure a disparu. Cependant, cette obligation se justifie aujourd'hui par d'autres motifs. On soutient que son abolition aurait pour effet de dissuader certaines personnes de rendre témoignage devant le tribunal. Le témoin éventuel pourrait redouter d'être indûment tracassé par une accusation de parjure, émanant de la partie ayant perdu la cause, ce qui donnerait lieu à des poursuites où sa parole n'aurait peut-être pas plus de poids que celle de son poursuivant. Pourtant, l'élimination de l'obligation de corroboration ne rendrait pas la tâche du poursuivant plus aisée que dans le cas de tout autre crime grave, comme le meurtre ou le vol qualifié; le juge des faits doit encore être convaincu de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. Au surplus, si le retrait de cette obligation de corroboration facilite la poursuite des témoins ayant déposé un faux témoignage, dissuadant par là les témoins de donner des informations fausses lors du procès, le but du législateur qui a institué le crime de parjure se trouve donc satisfait.

TRAHISON

La trahison est une autre des infractions où la corroboration est obligatoire (Code criminel S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 47(2)). La règle anglaise n'a pas été formulée par les tribunaux; elle a été édictée dans une disposition législative en 1547 (7 Wigmore, Evidence s. 2036 (3^e éd., 1940)).

Blackstone explique ainsi la raison de la règle:

[TRADUCTION] . . . assurer que le sujet ne devienne pas la victime des conspirations montées de toutes pièces qui ont servi, depuis les temps anciens, les intérêts des politiciens rusés et sans scrupules.

Et Wigmore d'ajouter:

La véritable solution semble dépendre du rapport relatif, dans les faits, entre deux éléments, c'est-à-dire la probabilité de fausses accusations et le tort pouvant résulter de l'exonération d'un coupable. Lorsque cette probabilité est forte et que ce tort serait minime, la règle des deux témoins peut être justifiée étant donné qu'elle est alors souvent efficace, et rarement préjudiciable lorsqu'elle n'est pas efficace. Or, dans le cas de la trahison, c'est ce rapport qui semble exister. A des époques marquées de querelles politiques intenses, le parti politique au pouvoir a de très forts motifs et est doté des moyens d'acheter des faux témoignages dans le but de se débarrasser de ses adversaires; le tort que peut causer l'exonération d'un véritable traître est relativement faible, car la trahison de quelques individus seulement ne peut jamais constituer un véritable danger pour l'État mais, lorsque la trahison est dans l'air, des hordes de témoins peuvent alors prouver sa présence. La règle des deux témoins semble donc reposer sur des principes très justifiables.

(7 Wigmore, Evidence s. 2037 (3^e éd., 1940)).

Alors que la corroboration est obligatoire en matière de trahison, il est anormal qu'elle ne le soit pas pour toute autre infraction portant atteinte à la sécurité nationale. Nous penchons dans le sens du comité de révision du droit pénal anglais (11^e Rapport ci-dessus, par. 195), lorsque ce dernier déclare qu'il ne peut voir aucune raison justifiant le maintien de l'obligation de corroboration dans le English Treason Act. S'il est vrai que le gouvernement soit porté à ce point à faire déclarer une personne coupable de trahison, ce que supposait Wigmore, l'obligation de corroboration ne serait d'aucun recours au prévenu.

FAUX

Enfin, le faux est aussi une infraction pour laquelle la corroboration est obligatoire (Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 325(1)). Cette obligation est encore moins justifiable pour cette infraction qu'elle ne l'est pour les deux précédentes.

L'article de notre Code criminel qui prévoit l'obligation de corroboration en matière de faux doit son origine à l'article 54 du Forgery Act (1869) 32-33 Vict., ch. 19. L'adoption de cette loi anglaise ne peut être comprise que si l'on se rappelle que, jusqu'au milieu du 19^{ième} siècle, les personnes ayant un intérêt particulier dans le litige étaient jugées trop indignes de confiance pour qu'elles soient appelées à témoigner, en raison même de cet intérêt dans la cause. La *Loi sur la preuve de la province du Canada*, (1852) 16 Vict., ch. 19, art. 1, disposait que les personnes ayant un intérêt dans l'affaire en question pouvaient désormais témoigner, mais elle retenait les interdictions en ce qui à trait aux parties elles-mêmes. Ce n'est qu'en 1869 que les parties ont été habilitées à témoigner (*La Loi sur la preuve*, S.O. 33 Vict., ch. 13). C'est pourquoi l'on considère l'article 54 du Forgery Act de 1869 comme l'un des premiers textes de loi habilitant les personnes intéressées au dénouement du litige à témoigner. Leur intérêt ne devait donc influencer que sur le poids de leur témoignage, mais non les empêcher absolument de témoigner. Ainsi, la limitation prévue à l'article 54 exigeant la corroboration des témoignages constitue l'illustration vivante de la prudence des législateurs ayant introduit cette réforme. Il importe ici de remarquer qu'au terme de l'article 54 de la loi anglaise, la corroboration n'était obligatoire que pour le témoignage des personnes ayant un intérêt dans la cause. Avec l'adoption du Code criminel en 1892, le fondement de cette restriction initiale semble avoir été oublié, et la corroboration devint alors une condition essentielle du verdict de culpabilité dans les affaires de faux, quelle que soit la qualité du témoin. Étant donné que nous ne récusons plus des témoins en raison de l'intérêt qu'ils peuvent avoir dans le dénouement du litige, la justification initiale d'une règle impérative de corroboration dans les affaires de faux a disparu. C'est pourquoi on ne peut justifier aujourd'hui le maintien de cette obligation en ce cas précis, alors qu'elle n'existe pas pour les autres crimes graves prévus dans le Code criminel.

En dernière analyse, il nous semble que l'importance à accorder à une preuve doit dépendre non pas d'une quantité pré-établie d'une preuve quelconque, mais bien de la qualité d'une telle preuve. D'autre part, il n'y a rien qui puisse nous porter à croire que les jurés sont moins aptes à apprécier ce genre de preuve qu'ils ne sont aptes à apprécier quelque autre genre de preuve. Il apparaît aussi que la possibilité de loger un appel pour le motif d'insuffisance de preuves et l'obligation, imposée à la poursuite, de présenter une preuve au-delà de tout doute raisonnable sont en soi les meilleures garanties dont puisse disposer l'innocent. Enfin, soulignons que l'abrogation de ces règles rigides et fort complexes ne portera en rien atteinte au droit de l'avocat et du juge de servir au jury une mise en garde qui soit appropriée à chaque cas d'espèce.



LA PREUVE

12. LE SECRET PROFESSIONNEL DEVANT LES TRIBUNAUX

Document préliminaire de la

Section de recherche sur le droit de la preuve

1975

©
Information Canada
Ottawa, 1975
Nº de cat.: J-32-3/12-1975

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
INTRODUCTION	5
I. ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN	9
II. ÉLÉMENT DE DROIT COMPARÉ	13
A. LE DROIT FRANÇAIS	13
B. LE DROIT AMÉRICAIN	14
III. PERSPECTIVES DE RÉFORME LÉGISLATIVE	17
A. CONSÉCRATION D'UN DROIT AU SECRET POUR D'AUTRES PROFESSIONS .	18
B. RECONNAISSANCE D'UN POUVOIR JUDICIAIRE DISCRÉTIONNAIRE	23
NOTES	25

INTRODUCTION

La réglementation par le législateur canadien de l'écoute électronique¹, les études entreprises sur les effets de l'utilisation des ordinateurs et des banques de données², montrent les préoccupations de la société canadienne face aux progrès d'une technologie qui facilite l'intrusion dans la vie privée des citoyens. Ceux-ci ne peuvent s'empêcher de redouter une société où l'État exercerait un contrôle et une surveillance constante sur les activités des individus. On a donc mis de l'avant l'idée d'un droit au secret dont chaque individu serait le détenteur, droit qui aurait pour objet principal de protéger une certaine sphère d'intimité.

La manifestation juridique qui est peut-être la plus connue de ce droit au secret est constituée par ce que les juristes appellent les «*communications privilégiées*». On regroupe sous ce vocable les divers cas où le droit fait exception à la règle selon laquelle toute personne est tenue de rendre témoignage en justice du moment qu'elle est témoin compétent et autorise celle-ci à ne pas trahir les confidences reçues d'une autre. La découverte pleine et entière de la vérité judiciaire passe au second plan, le droit accordant priorité au respect des secrets confiés. Même si le secret professionnel n'a pas été relié jusqu'ici principalement au droit de l'intimité, en ce sens que ce n'est pas historiquement par respect du droit à la vie privée qu'il a été créé, il n'en demeure pas moins qu'il existe à notre époque une relation évidente entre les deux.

L'expression «*communications privilégiées*» traduction littérale de «*privileged communications*» est équivoque. La common law anglo-américaine nomme ainsi l'ensemble des règles portant sur les «*privileges*». Le mot «*privilege*» lui-même prête à confusion, même si d'une façon générale il désigne les «*dispenses*» de témoigner. En droit de la preuve, certains «*privileges*» sont formés d'instances où, dans le but de favoriser une relation professionnelle ou personnelle entre deux individus, la loi accorde un droit au secret devant les tribunaux en dispensant de la révélation des faits confiés. Tel est le cas du secret professionnel de l'avocat ou du secret entre époux. Certains autres «*privileges*» sont créés dans le but de protéger l'individu dans l'un de ses droits fondamentaux. C'est ainsi que l'on désigne sous le nom de «*privilege de non-incrimination*», le droit pour l'individu de ne pas être tenu de fournir des preuves contre lui-même sauf dans les cas spécifiquement prévus par la loi. Enfin, d'autres «*privileges*» s'attachent eux, à protéger les intérêts étatiques, politiques ou sociaux au sens large du terme, en évitant que certaines informations ne puissent être rendues publiques au cours d'une instance judiciaire. Le «*privilege*»

de la Couronne (secret d'État) et celui de ne pas divulguer le nom d'un indicateur ou d'un informateur en sont deux exemples. Le secret professionnel du journaliste appartient aussi à ce groupe.

Cette imprécision de terminologie peut amener à confondre ces diverses situations qui n'ont entre elles que peu de points communs, sinon de consacrer généralement un droit ou une obligation au silence. Ainsi, le secret professionnel du journaliste, qui n'est pas reconnu par la jurisprudence canadienne³, est souvent assimilé par le public à celui de l'avocat, alors qu'il ne constitue pas un véritable «secret professionnel» au sens strict du terme, mais bien un droit de ne pas révéler une source d'information de façon à éviter de passer pour un délateur public. Le journaliste en effet, ne reçoit pas une confidence dans le but de fournir une aide professionnelle à celui qui la fait. De plus, alors que dans le cas de l'avocat on peut en général identifier celui qui a fait la confidence mais non le contenu de celle-ci, la situation est exactement l'inverse pour le journaliste, puisque les révélations sont publiques mais non l'identité de celui qui les a tenues.

La présente étude se limite à l'examen de la première catégorie de «privilèges» mentionnée ci-haut, en exceptant toutefois le secret marital qui a déjà fait l'objet de certaines réflexions de la Section de recherche sur le droit de la preuve et même d'un projet⁴. Toutefois, à la suite des nombreux commentaires qu'elle a reçus sur le sujet, elle a été amenée à reconsidérer sa position à cet égard.

Le droit de refuser de rendre témoignage en justice n'est qu'un aspect, qu'une des manifestations juridiques particulières du secret professionnel. La plupart des professions organisées imposent à leurs membres, dans leur code de déontologie, l'obligation de respecter les confidences reçues en leur capacité professionnelle. Des sanctions disciplinaires et civiles (lorsque la révélation intempestive a causé un dommage au client), garantissent le respect de cette obligation. Pourtant, dans l'état actuel du droit fédéral canadien, cette obligation cède lorsque le confident est appelé à rendre témoignage en justice puisque hormis le cas de l'avocat, aucun autre «privilège» professionnel n'est reconnu, c'est-à-dire de ceux qui ont été créés dans le but de promouvoir une relation professionnelle entre deux personnes. Appelé comme témoin dans une instance judiciaire, un médecin, par exemple, doit en principe répondre à toutes les questions qui lui sont posées, même si ses réponses trahissent les confidences reçues de son patient. La reconnaissance d'un droit au secret dans les relations avec le public en général ne va donc pas nécessairement de pair et n'est pas obligatoirement liée au respect de ce droit devant les cours de justice. Ce n'est pas parce que les principes du droit civil et de la déontologie médicale imposent une obligation au silence que le législateur fédéral doit automatiquement sanctionner celle-ci devant les tribunaux. Les philosophies de base qui président à ces deux ordres de reconnaissances sont différentes et difficilement comparables.

Le défaut de reconnaître un droit au secret devant les tribunaux est significatif. Sur le plan juridique, en en décidant ainsi, le droit place la libre recherche de la vérité

judiciaire au-dessus du respect des confidences. Cette prise de position est d'autant plus importante que pour beaucoup de groupements d'intérêts professionnels, la reconnaissance d'un droit au secret professionnel est perçue comme le symbole d'un certain statut social. La protection du droit au secret devant la justice valorise la profession puisqu'elle matérialise à l'égard de la société tout entière, l'importance que le législateur lui accorde. L'enjeu est donc de taille surtout pour un certain nombre de professions d'apparition plus récente qui sont à la recherche d'une place et d'une assise sociale plus ferme dans le milieu canadien.

Le présent document se veut essentiellement un document de réflexion. Après un bref rappel de l'état actuel du droit positif canadien et une comparaison sommaire avec les solutions d'ensemble d'autres systèmes juridiques, il tentera de faire le point sur les principes sous-jacents à la reconnaissance du droit au secret professionnel, de façon à susciter des commentaires sur l'orientation que devrait suivre le droit canadien en la matière, dans la perspective d'une réforme.

I. ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN

Le droit fédéral canadien suit en matière de secret professionnel, la tradition de la common law britannique. Seul, à l'exclusion de tout autre, le secret professionnel du conseiller juridique est protégé devant les tribunaux. Ni le médecin, ni le psychanalyste, ni le confident religieux ne peut invoquer le secret professionnel pour refuser de rendre témoignage sur un fait pertinent au litige. Plusieurs raisons d'ordre historique sont à l'origine de cette prise de position. Celles-ci sont bien connues, et il serait trop long de les rappeler ici. Nous renvoyons le lecteur sur ce point aux études classiques qui ont été faites sur la question⁵.

Par contre, certaines provinces, dans les limites de leur compétence législative, ont étendu la protection du secret professionnel à d'autres catégories de confidentiels. Ainsi, Terre-Neuve reconnaît ce droit au conseiller religieux⁶. C'est cependant au Québec que cette protection est la plus étendue. Le Code de procédure civile du Québec⁷ sanctionne en effet le secret professionnel des ministres du culte, des avocats, des notaires, des médecins et des dentistes⁸.

La reconnaissance en common law du secret professionnel de l'avocat, jointe à l'exclusion de toutes les autres professions est parfois perçue par le public comme une mesure discriminatoire, comme une autogratisation, un «privilège», un avantage ou une faveur que les juristes se seraient accordés à eux-mêmes. A ce phénomène s'ajoute le fait que le secret professionnel de l'avocat est souvent mal compris du public qui croit bien souvent et à tort que celui-ci est absolu.

Le principe traditionnellement invoqué par la doctrine classique pour motiver la reconnaissance d'un droit au secret en faveur d'une profession est le désir d'encourager dans la société ce type particulier de relation professionnelle. Wigmore⁹ pose quatre conditions nécessaires à l'établissement d'un droit au secret soit:

- (1) les communications doivent avoir été faites confidentiellement par quelqu'un dans l'espoir qu'elles ne seraient pas divulguées;
- (2) la préservation d'un élément de confidentialité doit être essentielle au maintien intégral d'une relation satisfaisante entre les parties;
- (3) cette relation doit en être une qui, dans l'opinion publique, mérite d'être encouragée et protégée;

- (4) le préjudice qui serait causé par la divulgation serait plus important que l'avantage qu'en tirerait l'administration de la justice.

Si l'on soumet certaines professions, comme la profession médicale par exemple, aux critères proposés par Wigmore, en les comparant à la profession d'avocat, on peut logiquement arriver à deux conclusions soit: que, tout comme la profession d'avocat, la profession médicale remplit les conditions posées, ou à l'opposé, que la profession d'avocat ne remplit pas mieux ces exigences que la profession médicale. On pourrait ainsi conclure que la profession médicale devrait jouir de la même protection que la profession juridique, ou encore que la profession juridique ne devrait pas, elle non plus, avoir droit au secret professionnel. Pourtant, la profession juridique constitue un cas spécial distinct de toutes les autres professions, en raison de la nature même du rôle de l'avocat. Celui-ci n'est pas seulement un professionnel, parmi d'autres. S'il est l'*«alter ego»* de son client il est également un auxiliaire de la justice et participe activement à ce titre à l'administration de celle-ci. Dans le système de justice que nous connaissons actuellement, l'avocat est un élément indispensable au même titre que le juge ou le jury. L'obliger à révéler en cour ce que son client lui a confié dans le but de défendre ses intérêts, indépendamment des effets sur la profession elle-même et sur sa perception sociale, est porter atteinte dans le contexte actuel à une saine et équitable administration de la justice.

Comment peut-on espérer qu'il remplisse le rôle que la justice lui a confié si, d'un côté on encourage l'existence de la relation professionnelle pour protéger l'individu dans la défense de ses droits, et que d'un autre côté on permet d'utiliser contre celui-ci les révélations faites dans le but de permettre l'accomplissement de cette tâche? En droit pénal, le droit fondamental de l'accusé à une défense pleine et entière est illusoire si, au cours du procès, son représentant légal peut être contraint de témoigner sur les révélations que son client lui a faite pour l'aider à défendre ses droits. La suppression du secret professionnel transforme l'avocat en délateur et puisque celui-ci n'est, par le jeu de la représentation, que le porte-parole de son client, porte directement atteinte au droit fondamental de tout citoyen de ne pas s'incriminer et de ne pas être tenu de fournir à la poursuite des preuves contre lui-même. Sur le plan civil, l'abandon du droit au secret obligerait à repenser totalement l'idée de représentation par avocat. Tout comme au pénal, l'avocat dans le procès civil, a un rôle de représentation d'intérêts. Le jeu du système adversaire où chaque plaideur conduit sa propre cause, mène sa preuve et où le juge n'agit que comme arbitre, disparaîtrait pour faire place à une véritable inquisition. En d'autres termes, abolir le secret du conseiller juridique remettrait en cause non seulement le rôle de l'avocat lui-même mais beaucoup plus, à travers lui, l'ensemble des postulats fondamentaux qui président à notre système d'administration de la justice.

Par contraste, la non reconnaissance d'un droit au secret médical peut avoir des effets néfastes sur la perception sociale de la profession, peut être profondément injuste, voire même préjudiciable aux intérêts du client, mais ne porte pas pour autant atteinte à l'administration de la justice elle-même.

D'autre part, le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu contrairement à ce que le public pense souvent. Il est, bien au contraire, soumis à des limites strictes dégagées par la common law et dont les principales, en résumé, sont les suivantes:

- (1) *le droit au secret n'existe qu'en autant que le titulaire de ce droit, c'est-à-dire le client, ne dispense pas l'avocat de l'observer:*

Le secret professionnel de nos jours appartient au client et non à l'avocat. Cette règle est d'ailleurs suivie pour toutes les autres professions dans les juridictions qui étendent la protection du secret professionnel à d'autres qu'au conseiller juridique. La seule exception dans certains cas est celle du confident religieux¹⁰.

Le droit au secret est en effet conçu pour protéger les intérêts du client et non ceux du professionnel. C'est donc le client qui le contrôle et, puisqu'il n'est pas d'ordre public, a seul la possibilité d'y renoncer. Cette renonciation se fait par une manifestation expresse ou tacite de volonté qui peut résulter d'un acte posé par le détenteur du droit conscient de l'existence de celui-ci, et qui montre sans équivoque l'intention de renoncer à son exercice. La jurisprudence contient d'ailleurs de nombreuses illustrations de ces principes¹¹.

- (2) *le droit au secret n'est pas reconnu lorsque la consultation est faite dans le but de faciliter la commission d'un crime ou de perpétrer une fraude:*

Lorsqu'une personne consulte un avocat pour obtenir des renseignements dans le but de commettre un crime ou un délit, le secret professionnel ne peut plus être invoqué. Dans cette hypothèse en effet, le secret professionnel est complètement détourné de son but. Comme l'a d'ailleurs noté un tribunal anglais dans une affaire qui a fait jurisprudence¹², l'avocat est alors tenu de témoigner, même s'il ignorait totalement au moment de la consultation l'illégalité des buts poursuivis par son client¹³. En l'espèce, l'avocat avait été obligé de faire la lumière par son témoignage sur certains faits entourant la rédaction d'un acte de vente frauduleux. Toutefois pour que le droit au secret soit levé dans une telle hypothèse, il est nécessaire qu'une preuve *prima facie* des conditions d'application de cette règle exceptionnelle soit faite.

- (3) *le droit au secret ne peut être invoqué que pour des communications confidentielles faites dans le cadre de l'exercice de la profession juridique:*

Cette règle appelle certains commentaires. Ce sont uniquement les communications verbales ou écrites confidentielles faites par le client dans le but d'obtenir de son conseiller juridique une opinion ou un avis professionnel qui sont protégées. Ne bénéficient donc pas de cette protection les communications qui n'ont pas un caractère confidentiel, même si on peut, d'après la jurisprudence dominante, légitimement présumer que toute communication à un avocat est en principe de nature confidentielle et est faite dans le but d'obtenir un avis juridique¹⁴.

En second lieu, il n'est plus nécessaire, comme dans l'ancienne common law, que la confidence ait été faite dans la perspective ou à l'occasion d'un litige¹⁵. Toutefois

une authentique consultation juridique est indispensable. Ainsi, lorsque l'avocat exerce également la fonction de conseiller d'affaires, les informations divulguées dans le but d'obtenir un conseil en la matière, ne peuvent pas, semble-t-il bénéficier de la protection du secret professionnel¹⁶.

En troisième lieu, selon une certaine jurisprudence la protection ne s'applique qu'aux faits révélés par le client et non à ceux que l'avocat a pu constater par lui-même, même si il n'aurait pas été en mesure de le faire si la relation n'avait pas existé.

Cette dernière règle nous semble douteuse sur le plan logique. Si en effet le but poursuivi est la protection de la relation professionnelle il apparaît quelque peu byzantin de prétendre distinguer entre les faits révélés et les faits constatés. En médecine par exemple l'avis du professionnel provient aussi bien des révélations faites par le patient sur son état de santé, que des constatations qu'a pu faire le médecin par les examens du patient. D'autre part n'est-il pas artificiel de restreindre la protection de la communication aux seuls faits révélés alors que la relation professionnelle elle, est le fruit d'un ensemble d'échanges et de relations entre le confident et l'autre?

Enfin, et il apparaît important de le préciser, le fait que certaines communications soient protégées par le secret professionnel n'empêche pas l'une des parties de faire la preuve de celles-ci autrement, c'est-à-dire par une preuve extrinsèque.

Le droit fédéral canadien ne reconnaît donc devant les tribunaux que le secret professionnel du conseiller juridique. Ce droit au secret d'autre part est limité. Il n'est pas absolu et ne peut être invoqué par le client que si toutes et chacune des conditions posées par la jurisprudence à son exercice ont été remplies. Certains arrêts ont parfois laissé entendre que le juge avait un pouvoir discrétionnaire d'accorder la protection du secret professionnel dans d'autres cas. Ainsi, dans l'affaire *Dembie v. Dembie*¹⁷, la cour avait maintenu l'objection qu'un psychiatre, dans un cas de conflit matrimonial, avait à rendre témoignage. Il est cependant difficile d'affirmer que cette décision reflète fidèlement l'état actuel du droit positif.

II. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

La façon dont le législateur a traité la question du secret professionnel varie considérablement selon les pays¹⁸. Il serait trop long d'examiner ici en détail, le droit positif des différentes familles juridiques. Pour offrir cependant un certain contraste et un point de comparaison avec le droit canadien, deux exemples ont été retenus et feront l'objet de brefs commentaires. Le premier est celui du droit français parce qu'il se situe aux antipodes du droit canadien. Le second est celui du droit américain parce que, malgré une communauté de tradition avec le droit anglo-canadien, il a suivi quand même une évolution différente.

A. LE DROIT FRANÇAIS

Le droit français¹⁹ est traditionnellement très respectueux du caractère confidentiel des révélations faites par un client à un professionnel. L'obligation au secret professionnel y est en effet d'ordre public. Le Code pénal à l'article 378²⁰, qui a d'ailleurs servi d'exemple et de modèle à certaines législations européennes, telle la législation belge²¹ et luxembourgeoise²², punit d'une peine de prison de 1 à 6 mois et d'une amende de 500 à 3000 francs toute personne qui, « . . . *par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes. . .* » étant dépositaire des secrets confiés révèle ces derniers. Le droit français impose donc une obligation au silence aux médecins, chirurgiens, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, tous énumérés spécifiquement par l'article 378 du Code pénal, et également aux avocats, avoués notaires, magistrats, ministres du culte, courtiers, agents de change, etc. . . par interprétation jurisprudentielle²³.

Les tribunaux français se sont montrés sévères pour ceux qui contrevenaient à la règle du respect absolu de la confiance. Une illustration extrême de ce phénomène peut être trouvée dans l'affaire *Watelet*²⁴. Un journal français dans un article consacré au décès du peintre Lepage avait laissé entendre que ce dernier était mort des suites d'une maladie vénérienne. Pour défendre aux yeux du public la mémoire de son patient, le médecin qui l'avait soigné publia une lettre dans ce même journal exposant que celui-ci était en fait décédé d'un cancer. Poursuivi devant les tribunaux de l'ordre pénal, le médecin fut condamné sous l'autorité de l'article 378.

En droit français le secret professionnel est donc absolu. Le patient ou le client n'a pas le pouvoir de dispenser le professionnel de son observation. Il est fondé sur l'ordre public, et sanctionné non seulement par des règles d'ordre disciplinaire ou

civil mais aussi par des règles pénales. La société française traditionnelle s'est toujours montrée très respectueuse des professions organisées et soucieuse d'encourager les relations professionnelles. Le fait que la procédure pénale française est de type inquisitoire est peut-être également un facteur qui peut expliquer la position du droit français. Comme le signalent cependant plusieurs auteurs modernes²⁵, le droit français a, depuis le début du 20^{ème} siècle, multiplié les exceptions législatives au caractère absolutiste du secret professionnel. On a même prétendu que la jurisprudence française, en raison d'un certain nombre de décisions plus nuancées rendues en la matière, tendrait vers une atténuation du secret professionnel fondée sur une norme d'intérêt social relatif²⁶.

Devant les tribunaux donc le professionnel est tenu au secret le plus absolu lorsque le cas ne tombe pas précisément dans l'une des exceptions spécifiquement prévues par le législateur. Le tribunal, étant donné que le secret professionnel est d'ordre public et que sa violation constitue un délit, est tenu de suppléer d'office à tout défaut d'objection de la part du témoin. Comme on peut le constater donc, le droit français sur ce point est aux antipodes de la common law.

B. LE DROIT AMÉRICAIN

Aux États-Unis, la protection accordée au secret professionnel devant les tribunaux, varie considérablement selon les États. Le droit américain a fait siennes les règles de la common law anglaise concernant le secret professionnel du conseiller juridique. Il s'est toutefois nettement séparé de celle-ci, en étendant législativement le champ du secret professionnel à d'autres professions. Ainsi, la grande majorité des États américains reconnaissent le secret médical²⁷. L'État de New-York, qui semble avoir été le premier à la sanctionner, l'a fait dès 1828²⁸. Certaines législations accordent une protection au conseiller religieux, d'autres au psychologue, au psychanalyste, etc. . . ²⁹.

Il ne fait pas de doute que le droit américain, dans son ensemble, se montre favorable à une extension du droit au secret professionnel. Les «*Uniform Rules of Evidence*»³⁰ et le «*Model Code of Evidence*»³¹, reconnaissent formellement le secret du directeur de conscience, du conseiller juridique et du conseiller médical. Plus récemment, les «*Proposed Federal Rules of Evidence*» suggéraient une codification d'un droit au secret en faveur de l'avocat, du psychothérapeute, et du conseiller religieux³².

A la différence cependant du droit français, la tradition américaine ne fait pas du secret professionnel un droit absolu. Elle soumet également son exercice à une série de conditions et de limites qui, dans l'ensemble, sont du même ordre que celles dont la common law traditionnelle assortit le secret du conseiller juridique mais, du moins depuis quelque temps, fait un lien direct entre le respect du secret professionnel et le respect de l'intimité de la vie privée.

Quel que soit le pays envisagé, le problème posé par le secret professionnel devant les tribunaux fait surgir à nouveau le dilemme classique que l'on retrouve dans l'ensemble du droit de la preuve. Doit-on favoriser la libre recherche et découverte de la vérité en ne reconnaissant pas ou peu de dispenses de rendre témoignage? Doit-on au contraire restreindre volontairement cette recherche au nom de la protection de valeurs jugées socialement supérieures? Le droit de la preuve contient nombre de règles qui ont pour effet d'exclure du débat certaines preuves jugées non pertinentes ou non fiables. Toutefois, à la différence de ces autres règles d'exclusion (ouï-dire, opinion, etc. . .), celle du secret professionnel élimine une preuve en général pertinente, fiable et susceptible bien souvent d'avoir un impact décisif sur le litige. La justice se prive donc volontairement d'une preuve de qualité dont ni la pertinence ni le caractère fiable ne peuvent être mis en doute puisque la révélation est en principe libre et spontanée et n'est soumise à aucune contrainte extérieure susceptible d'affecter la crédibilité de son contenu.

III. PERSPECTIVES DE RÉFORME LÉGISLATIVE

Plusieurs lignes générales de politique législative sont possibles. Les plus importantes d'entre elles méritent d'être discutées dans ce travail, afin de susciter de la part du lecteur des réactions susceptibles de mieux éclairer le débat. L'éventail des diverses possibilités est étendu puisqu'il va de l'abolition complète de tout secret professionnel, à une reconnaissance globale d'une protection pour tout propos confidentiel, en passant par la gamme des solutions intermédiaires accordant les unes plus d'importance à la liberté de la preuve, les autres à la protection des droits individuels.

L'élimination complète de tout secret professionnel se traduirait concrètement en droit canadien par l'abolition du secret du conseiller juridique. Le droit romprait donc avec une tradition séculaire de la common law, placerait toutes les professions sur un strict pied d'égalité, en s'abstenant de créer une situation privilégiée à l'égard d'un type particulier de relation professionnelle. Une telle hypothèse ne paraît pas réaliste. Outre le fait qu'elle rendrait pratiquement impossible la représentation par avocat³³ et la forme actuelle d'administration de la justice, en effaçant une tradition basée sur une longue expérience, elle constituerait, à l'exception des pays du régime socialiste, un cas unique dans la tradition juridique occidentale. Abolir le secret professionnel du conseiller juridique demanderait de repenser et de reformuler totalement le rôle de l'avocat dans la société.

A l'autre extrême, le législateur pourrait envisager de «*déprofessionnaliser*» le droit au secret et de protéger les confidences chaque fois que celui qui s'est confié pouvait raisonnablement s'attendre à la confidentialité. En d'autres termes, il ne lierait plus obligatoirement la reconnaissance d'un secret professionnel à une relation de type professionnel. Dans cette perspective, le droit au secret s'étendrait à un champ beaucoup plus vaste des relations humaines. Le fondement théorique du droit ne serait plus le désir de promouvoir telle ou telle relation de type professionnel, mais celui de mieux respecter un certain droit à l'intimité. La protection ne serait pas accordée en fonction d'une typologie objective de relations humaines (médecin-patient, avocat-client, etc. . .) mais en fonction du caractère confidentiel de la perception subjective que s'est fait celui qui a pris l'initiative de la confiance. Cette hypothèse est séduisante pour plusieurs raisons. Sur le plan juridique elle évite d'avoir à appliquer le troisième critère classique énoncé par Wigmore³⁴ et de poser un jugement de valeur sur l'utilité sociale de telle profession ou de tel type de confidences par rapport à tels autres. C'est éliminer ainsi une sélection basée sur une perception sociale des professions.

Deux obstacles majeurs s'opposent toutefois à cette solution. Le premier tient aux difficultés pratiques que soulèverait pour les tribunaux l'application de ce système. Comment en effet déterminer ce qui est perçu comme confidentiel par celui qui se confie? Dans un certain sens tout, à la limite, peut dès lors devenir confidentiel. Alors que l'existence de certains types de relations professionnelles peut faire présumer à tout le moins que la révélation a été faite au confident avec l'expectative raisonnable que le secret serait gardé, la déprofessionnalisation totale du droit au secret élimine ce critère et ne laisse au juge que des lignes directrices floues et imprécises. Le second obstacle paraît plus significatif. Rendre confidentiel tout ce qui est révélé dans le cadre d'une relation privée, n'est-il pas risqué de freiner sérieusement l'administration de la justice? La renonciation volontaire à un champ de preuve pertinente et fiable, susceptible d'avoir un impact décisif sur le litige, ne doit être faite que pour des raisons qui, en fin de compte assurent mieux à long terme l'intérêt de la société que l'obtention immédiate de cette vérité judiciaire. La protection générale de l'intimité, en dehors de toute autre raison complémentaire, n'apparaît pas comme un facteur déterminant eu égard aux inconvénients qu'elle susciterait au niveau de la justice. En d'autres termes ce n'est pas toute relation d'intimité qui doit être protégée devant les tribunaux mais seulement celles en faveur desquelles, en sus du motif général de protection de la vie privée, il existe des impératifs spécifiques.

La solution raisonnable et rationnelle ne saurait être radicale. Elle doit tenir compte des valeurs en présence et s'efforcer d'atteindre un compromis réaliste et un fonctionnement harmonieux entre d'une part le respect des droits individuels, et d'autre part l'efficacité de l'administration de la justice. Si l'on élimine les solutions extrêmes, deux avenues principales de réforme législative apparaissent alors possibles. La première, se fondant sur les critères classiques³⁵ mis de l'avant pour la reconnaissance d'un droit au secret consiste à identifier à la lumière de l'expérience sociale moderne, les activités professionnelles qui méritent protection devant les tribunaux, et à leur accorder un droit au secret semblable à celui dont bénéficie l'avocat.

La seconde vise au contraire, après une consécration législative des règles développées pour le secret du conseiller juridique, à donner un pouvoir discrétionnaire au juge de reconnaître un droit au secret dans d'autres circonstances, sans pour autant les identifier à un type de relation professionnelle précise, lorsqu'il est d'avis que certaines conditions objectives ont été remplies. C'est en espérant avoir des commentaires sur chacune de ces deux orientations possibles que nous les soumettons ici pour discussion.

A. CONSÉCRATION D'UN DROIT AU SECRET POUR D'AUTRES PROFESSIONS

Lorsque l'on considère l'ensemble du milieu professionnel canadien, que l'on tient compte des développements apparus dans ce milieu depuis quelques années, et

que l'on réexamine les raisons qui ont traditionnellement motivé le retrait ou le non-octroi du droit au secret à certains secteurs professionnels, il apparaît clairement qu'au moins deux ordres de confidences pourraient, si l'on s'en tient aux critères classiques de Wigmore, postuler la protection du secret devant les tribunaux: les confidences à caractère religieux et les confidences à caractère médical.

La reconnaissance du secret de la confidence religieuse³⁶ est endossée même par les auteurs qui s'opposent le plus farouchement à l'extension du secret professionnel. Wigmore, aux yeux duquel aucune relation professionnelle à part celle de l'avocat ne trouve grâce, conclut, après s'être abondamment référé à Bentham, lui-même peu enclin à favoriser le droit au secret, que:

...on the whole then, this privilege has adequate grounds for recognition.³⁷

Il lui apparaît en effet que la relation entre le confident religieux et l'individu qui le consulte remplit les exigences des quatre critères posés par lui. Il insiste surtout sur le fait qu'à son avis, le préjudice susceptible d'être causé par une divulgation forcée est plus important que l'avantage que peut espérer en tirer l'administration de la justice.

A ces arguments viennent s'ajouter d'autres raisons importantes. La liberté de culte et de religion est l'une des valeurs fondamentales d'une société démocratique, respectueuse de la liberté de penser de chaque citoyen. Pour l'individu pratiquant et croyant, le conseiller religieux représente un guide d'orientation morale. On peut ainsi se demander jusqu'à quel point le respect de la confidence religieuse n'est pas un attribut de la liberté religieuse.

D'autre part, les raisons pour lesquelles la common law ne reconnaît pas le droit au secret du conseiller religieux sont principalement d'ordre historique. Le secret du directeur de conscience semble avoir existé en Angleterre antérieurement à la Réforme³⁸. Il portait alors essentiellement sur le secret de la confession. Après la Réforme, seuls les catholiques ou «papistes» conservèrent le sacrement de pénitence. L'abolition du droit au secret aurait été alors la conséquence d'une certaine intolérance religieuse à l'endroit de la religion catholique, basée sur des considérations d'ordre politique. A notre époque et dans notre pays, l'intolérance religieuse est chose révolue. La liberté religieuse est garantie par notre système politique et les motifs qui ont présidé à l'abolition du secret dans ce cas précis n'ont plus de raison d'être. Certes les tribunaux canadiens hésiteraient longuement à notre époque à condamner pour outrage au tribunal un ministre, un prêtre ou un rabbin qui refuserait dans son témoignage de trahir les confidences reçues. De même, pour être réaliste, on imagine mal qu'au cours d'un procès, la poursuite dans le but d'obtenir une condamnation, assigne le prêtre à qui par exemple l'accusé s'est confessé. Enfin, il faut considérer également qu'un confident religieux qui estimerait contre ses principes de rendre témoignage malgré l'ordre qui lui est donné, pourrait fort bien se laisser condamner. L'efficacité de la règle dans un tel cas peut donc être mise en

doute. Si telle est la situation de fait, il ne devrait pas normalement y avoir de réticence à la consacrer législativement. Toutefois l'apparition récente de nouvelles sectes, de nouveaux groupements ou de nouveaux mouvements à caractère religieux ou prétendument religieux ne serait pas sans causer certains problèmes à l'égard d'une identification précise de la notion de confiance religieuse.

Le problème est plus complexe en matière médicale³⁹. En premier lieu on peut observer que la science de la santé n'est plus de nos jours l'attribut exclusif du médecin au sens strict du mot. Le psychologue, le psychanaliste remplissent parfois des fonctions identiques à celles du psychiatre. Le chiropraticien, le kinésithérapeute traitent des affections physiques que des membres du corps médical soignent également.

En second lieu, la pratique de la médecine moderne dans les grands centres urbains et la spécialisation du corps médical, ont abouti à une certaine dépersonnalisation de la relation entre le patient et le médecin. L'époque du médecin de famille qui connaissait tous les secrets de la communauté dans laquelle il vivait est pratiquement révolue.

En troisième lieu, dans notre pays, à la différence de certains pays européens, l'individu semble avoir moins de réticence à une certaine publication de ses maladies. Les modes de communication modernes nous informent par exemple, sans provoquer de réactions outrancières des personnes concernées, de l'état de santé des hommes publics, des vedettes du sport ou de la scène. Il existe donc un phénomène socio-culturel de tolérance à l'égard de la divulgation publique de certains faits médicaux. La maladie, sauf lorsque par sa nature même, elle peut exposer le patient à l'humiliation, à la disgrâce ou à l'ostracisme social, n'est pas généralement perçue comme un stigmat. Il n'en est cependant pas ainsi dans certains secteurs de la science médicale notamment dans celui de la santé mentale et affective. Le développement qu'ont connu les techniques des sciences psychanalytiques dans notre société est important⁴⁰. On ne peut contester sérieusement que le traitement des affections émotives et mentales requiert l'établissement d'un climat de confiance absolue entre le patient et le psychothérapeute. Le patient, qui désire surmonter ses difficultés et pouvoir espérer guérison ou soulagement, doit divulguer à celui qui le traite en toute honnêteté, en toute franchise et sans réticence certains secrets intimes. Le jeu de la thérapie serait faussé si le patient n'avait pas confiance dès l'instant où il l'entreprend que ses révélations resteront confidentielles. On imagine sans grand effort le sentiment d'injustice que doit éprouver le patient qui voit, au cours d'un procès, son psychothérapeute être contraint de témoigner sur ce qu'il lui a dit. On conçoit également le dilemme dans lequel le droit place le professionnel.

Un argument est souvent utilisé contre l'extension du droit au secret professionnel: le fait que de nombreuses professions n'ont pas jusqu'ici bénéficié du droit au secret, n'a pas eu pour effet, prétend-on, d'empêcher leur développement et leur extension. En d'autres termes, on argumente que l'absence de secret professionnel pour la psychothérapie n'a pas, par exemple, freiné chez les Canadiens

la consultation de psychiatres, de psychologues et de psychanalistes. Cet argument, d'ailleurs développé par Wigmore, est spécieux. Si le citoyen continue à consulter un psychothérapeute, même lorsqu'il sait que ses révélations peuvent être éventuellement divulguées devant une cour de justice, c'est peut-être tout simplement soit parce qu'il ignore l'état du droit sur la question, soit parce que le besoin de consultation est impérieux et l'emporte dans son esprit sur le risque qu'il prend et qu'entre deux maux il choisit donc le moindre. De plus, dans bien des cas, le patient doit considérer la possibilité d'une divulgation publique comme relevant d'une hypothèse lointaine. Certains patients jugent peut-être que le confident préférerait malgré tout respecter la confiance et se laisser éventuellement condamner pour refus de témoigner. D'autre part, on doit tenir compte aussi d'un phénomène sociologique important. Le monde judiciaire canadien dans son ensemble a suffisamment de retenue ou d'auto-modération, pour éviter des confrontations brutales à cet égard. Dans l'état actuel du droit canadien, pour reprendre un exemple donné par un auteur⁴¹, rien n'empêcherait la police qui a affaire à un suspect pratiquant de religion catholique, de le laisser aller se confesser à un prêtre et ensuite d'assigner ce dernier comme témoin! Les organismes chargés de la poursuite, les procureurs de la Couronne n'utilisent pas de tels procédés et donc, même si le secret professionnel des professions autres que l'avocat n'est pas reconnu, ils font rarement usage dans l'ensemble du pouvoir que leur donne la loi d'assigner comme témoins les confidentiels nécessaires. Lorsque le fait se produit cependant, comme ce fut le cas parfois pour certains travailleurs sociaux, la chose fait grand bruit et il est loin d'être sûr qu'aux yeux du public, le sens du respect pour la justice sorte grandi d'une telle confrontation. Il faut remarquer toutefois que pour certains d'entre eux, comme les officiers de probation, il existe une certaine confusion de rôle. L'officier de probation n'est pas en effet un confident nécessaire mais plutôt un officier de la Cour qui remplace le juge dans la surveillance de l'exécution de la sentence.

Ces quelques constatations débouchent sur une question plus générale. Est-il légitime et juste, dans la société actuelle, que l'état physique, mental ou affectif d'une personne puisse d'une façon générale servir d'élément de preuve contre elle? N'y a-t-il pas une certaine contradiction à ce que la société, veillant au bien-être physique ou mental de tout citoyen lui facilite le libre accès aux diverses thérapeutiques, et d'un autre côté utilise contre lui des confidences qu'il a faites dans le but de se procurer ce bien-être? N'est-il pas anormal que la justice puisse, hormis les cas d'expertise forcée, et le cas où l'individu ayant été trouvé coupable il s'agit de connaître tous les éléments pour prononcer une sentence juste, d'utiliser le médecin ou le psychothérapeute de la même façon qu'un vulgaire indicateur de police? La répugnance à l'utilisation en preuve de la confiance médicale peut être moindre lorsqu'au contraire la divulgation permet à l'individu de se défendre des accusations portées contre lui. On peut concevoir qu'usant d'un pouvoir discrétionnaire, le juge accepte de tenir compte de certains faits confidentiels. Le droit au secret ou l'obligation au silence ne doivent pas être tellement absolus qu'ils empêchent justice d'être rendue dans des cas extrêmes.

La reconnaissance d'un secret professionnel protégeant les confidences d'ordre médical soulève cependant des difficultés inhérentes à la nature même de cette profession.

Doit-on, par exemple, établir une distinction entre les affections d'ordre strictement physique, et celles d'ordre mental ou émotif? Il est, pensons-nous, exact d'affirmer que la confidentialité est, à priori, plus importante pour certains secteurs de la médecine que pour d'autres, par exemple pour la science psychiatrique plus que pour la science chirurgicale. Dans le premier cas le professionnel appelé à témoigner divulgue les propos d'ordre privé que son patient lui a librement révélés, dans le second cas le chirurgien peut être appelé à ne témoigner que sur des faits matériels à caractère souvent moins personnel qu'il a pu constater par lui-même. La question pourrait être longuement débattue car il existe nombre d'hypothèses marginales. En effet, certains faits révélés par le patient à un psychiatre peuvent être de notoriété publique, certains autres confiés par un malade à un chirurgien d'ordre strictement confidentiel. Plusieurs modèles de législation notamment les «*Proposed Federal Rules of Evidence*» reconnaissent le secret professionnel du psychothérapeute et non celui du médecin en général⁴². La difficulté concrète majeure à cette limitation est l'impossibilité qui existe souvent de séparer l'affection physique de l'affection mentale.

La reconnaissance d'un droit au secret en la matière, comme d'ailleurs pour toutes les autres catégories de confidents doit toutefois s'accompagner de limites strictes. Toutes les législations, même celles qui, comme la loi française, consacrent le principe du caractère absolu du secret, connaissent des exceptions à la règle, dictées par des considérations d'ordre juridique ou social supérieures⁴³. Ainsi, on ne doit pas protéger, par exemple, les révélations faites à un médecin par un patient dans le but de commettre un crime, une fraude ou un délit. Tel est le cas classique des fraudes ou fausses déclarations en matière d'assurance-vie. De plus, la loi a même parfois le devoir d'obliger un médecin à déroger à l'obligation au silence, lorsque l'intérêt supérieur de la société ou du groupe l'exige, et ce, lors même que le patient lui-même s'y oppose. Ainsi en est-il lorsque le patient est atteint d'une maladie contagieuse, ou d'une maladie vénérienne et refuse de se laisser traiter provoquant un risque d'épidémie⁴⁴, ou encore lorsque celui-ci est atteint d'une maladie qui rend dangereuse la conduite d'une automobile. Reconnaître un droit au secret ne doit pas équivaloir à protéger toutes les confidences, dans tous les cas et en toutes circonstances. Il serait souhaitable à cet égard que le législateur énumère dans les textes les limites du droit au secret et abolisse l'obligation au silence lorsque son exécution risque de créer un danger public sérieux ou de mettre en jeu la vie ou la sécurité des personnes. A ce propos se pose la difficile question de savoir si le droit au secret professionnel est personnel et extra-patrimonial ou non. En d'autres termes, lorsque son détenteur décède ou devient incapable, le droit au secret doit-il alors être levé ou peut-il continuer à être invoqué par les héritiers ou les représentants légaux du détenteur? Les avis sur cette question sont partagés. Toute solution à ce problème doit tenir compte des intérêts en jeu. Ainsi dans le cas du

secret médical, c'est la santé et le bien-être général du patient qui sont en cause. Rien donc ne s'opposerait à ce qu'après son décès le droit au secret disparaisse. Par contre, la relation client-avocat peut porter sur des droits d'ordre patrimonial et des intérêts matériels et pécuniaires, susceptibles d'être transmis aux héritiers. Dans ce cas il semblerait logique de perpétuer le secret professionnel et d'en faire bénéficier ceux qui continuent la personnalité juridique du défunt.

B. RECONNAISSANCE D'UN POUVOIR JUDICIAIRE DISCRÉTIONNAIRE

Il existe à l'heure actuelle au Canada nombre de professions qui pourraient également légitimement postuler à la reconnaissance d'une protection judiciaire des confidences reçues, tels les comptables⁴⁵. L'exemple le plus typique à cet égard est peut-être cependant celui du travailleur social⁴⁶. Certains d'entre eux argumentent, non sans raison, que l'exercice efficace de leur profession exige la promotion d'un échange basé sur une confiance réciproque. Ainsi, il est certains cas où le travailleur social remplit des fonctions similaires ou analogues à celles du psychothérapeute. Les travailleurs sociaux en milieu carcéral dont la tâche est de veiller à la réadaptation sociale ou psychologique du détenu en sont un exemple.

De façon à favoriser l'exercice et le développement de certaines professions jugées socialement utiles, à ne pas limiter au conseiller religieux, légal et médical l'obligation du silence, on peut concevoir un second système plus souple. Il consisterait, lorsque certaines conditions précises sont remplies, à permettre au juge de refuser d'admettre une preuve pertinente qui serait le fruit du bris du respect d'une confiance professionnelle reçue et ce, sans que la loi n'énumère la liste des confidents. La reconnaissance d'un droit au secret dans les hypothèses autres que celle de l'avocat serait ainsi abandonnée à la discrétion du tribunal. Pour que cette hypothèse, indépendamment de ses mérites intrinsèques, puisse fonctionner adéquatement, le tribunal doit cependant avoir certains guides fournis par le législateur. Tout d'abord il convient de maintenir le principe selon lequel le droit au secret doit rester dans tous les cas celui de la personne qui s'est confiée et non celui du confident. En second lieu, le droit au secret ne doit pouvoir exister que pour les faits révélés au confident dans le but d'obtenir de sa part une aide professionnelle. En d'autres termes ce n'est pas n'importe quelle confiance qui doit être protégée mais seulement celle qui est faite dans le but de permettre à celui qui la reçoit de fournir une aide matérielle ou morale au consultant. Une véritable relation professionnelle établie dans un but de consultation doit exister. Enfin, outre les exceptions classiques que l'on retrouve à propos du secret du conseiller juridique, le juge, pour pouvoir accorder la protection, devrait être convaincu qu'eu égard aux circonstances, la divulgation des confidences causerait plus de tort qu'elle n'aiderait l'administration de la justice. La preuve de ce fait appartiendrait ainsi à celui qui demande la reconnaissance du droit.

Cette seconde solution présente deux avantages principaux: elle évite de trancher, d'une façon peut-être arbitraire, entre les «mérites» réciproques et comparés des diverses professions, tout en restant suffisamment souple pour pouvoir être envisagée comme perspective de réforme à long terme. En ne s'attachant pas au critère de l'existence même d'une relation professionnelle mais à celui des valeurs à préserver à travers cette relation ou toute autre relation, elle ne limite pas la protection à une couche sociale déterminée. De plus, à bien y penser, aucune profession ne jouit d'une présomption absolue de détenir en exclusivité les valeurs que le droit au silence entend consacrer et protéger. Il appartiendrait donc aux tribunaux en prenant comme guide les valeurs à préserver d'élaborer au cours des années une politique judiciaire en la matière. L'objection majeure que l'on peut y voir, comme solution générale est que les tribunaux des pays de common law ont en général eu une attitude très conservatrice à l'égard des «privilèges» et qu'ainsi le but de la réforme s'il était d'élargir le champ des privilèges risquerait de n'être pas atteint. Une rédaction législative montrant bien l'intention de la réforme suffirait probablement à pallier cette difficulté.

Les diverses hypothèses évoquées dans le présent texte susciteront sans nul doute des commentaires. Une façon de formuler les principales d'entre elles pourrait être axée autour des règles suivantes:

- (1) Une reconnaissance législative du droit au secret du conseiller juridique et de ses conditions et limites;
- (2) L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au juge dans les autres cas, lorsqu'il est d'opinion que de forcer un témoin à divulguer des faits confiés à lui dans l'exercice de sa profession et dans le but d'obtenir une aide professionnelle de la part de celui qui s'est confié, serait injuste, inéquitable eu égard aux circonstances et que le préjudice causé par la divulgation serait supérieur au bénéfice qu'en pourrait en espérer tirer l'administration de la justice.

De plus, en tout état de cause et quelle que soit la dimension exacte du champ du secret professionnel, il nous semble recommandable que la législation sur le sujet trace d'une façon précise le cadre d'exercice du droit au secret et consacre les principes suivants:

- (1) la protection du secret s'attache, sans distinction, à l'ensemble des faits confidentiels révélés ou constatés pendant la durée de la relation professionnelle;
- (2) le droit au secret en toute circonstance appartient à celui qui a fait la confidence. Celui-ci peut donc renoncer à son droit à condition que cette renonciation soit le fruit d'un consentement libre et éclairé;
- (3) cette protection disparaît en cas de fraude ou lorsque le législateur, pour des raisons d'intérêt supérieur, apporte une exception spécifique à la règle générale.

NOTES

1. Art. 178 Code criminel.
2. L'ordinateur et la vie privée, Ottawa, 1972.
3. Voir *Wisner Publishing v. MacLean Hunter Publications Ltd.* (1953) 4 D.L.R. 349 (Cour Suprême de Colombie Britannique), (1954) 1 D.L.R. 501, (1954) 4 D.L.R. 334 (Cour d'Appel de Colombie Britannique); *McCornacky v. Times Publishers Ltd.* (1964) 50 W.W.R. 389 (Cour d'Appel de Colombie Britannique). Voir aussi *Banks v. Globe and Mail* [1961] R.C.S. 874.
4. Voir «Document préliminaire de travail de la section de recherche sur le droit de la preuve», n° 1: L'habilité et la contrainte à témoigner. A la lumière des nombreux commentaires qui nous sont parvenus, le groupe de travail sur la preuve a modifié légèrement son point de vue sur cette question.
5. Voir notamment: WIGMORE, «Evidence in Trials at Common Law» 1961, vol. 8, n° 2285 et s., p. 527 et s., plus particulièrement no. 2290, p. 542 et s., no. 2380, p. 818 et s.; CROSS, «Evidence» 1967, p. 243 et s.; McCORMICK, «Evidence» (1960) 16 Tex. Law Rev. 447; HAMMELMAN, «Professional Privilege: a Comparative Study» (1950) 28 C.B.R. 750; FREEDMAN, «Medical Privilege» (1954) 32 C.B.R. 1; NOKES, «Introduction to Evidence» 1967, p. 195 et s.
6. Newfoundland Evidence Act, R.S.Nf. 1952, ch. 120, art. 6: «A clergyman or priest shall not be compellable to give evidence as to any confession made to him in his professional character».
7. Art. 308 C.p.c.: «De même ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé confidentiellement en raison de leur état ou profession:
1 — les prêtres et autres ministres du culte;
2 — les avocats, les notaires, les médecins et les dentistes à moins dans tous les cas qu'ils n'y aient été autorisés expressément ou implicitement par ceux qui leur ont fait ces confidences; . . .»
8. Une décision québécoise de 1965: *La Reine v. Sauvé* [1965] C.S. 129, commentaires (1965) 15 R. du B. 562, avait d'ailleurs décidé que dans la justice pénale, en matière de secret professionnel, c'était au droit civil et non à la common law que les tribunaux devaient se référer.
9. WIGMORE, *op. cit.*, n° 2285, p. 527.
10. Tel semble être le cas notamment de l'interprétation à donner à l'article 308 du Code de procédure civile à Québec.
11. Voir *Howley v. R.* (1927) 1 R.C.S. 520; *Minter v. Priest* [1930] A.C. 558; *Smith v. Smith* [1958] O.W.N. 135 (High Court d'Ontario). Aussi: *Kulchan v. Marsh* (1950) 1 W.N.R. 272 (Cour d'Appel de Saskatchewan).
12. *R. v. Cox and Railton* (1884) 14 Q.B.D. 153.

13. Sur l'application de ces principes: *Bullivant v. A.G. Victoria* (1901) A.C. 196; *Gosselin v. R.* (1903) 31 R.C.S. 225; *R. v. Smith* (1914) 11 Cr. Ap. R. 229, p. 239 (Court of Criminal Appeal); *O'Rourke v. Darbishire* [1920] A.C. 581 (House of Lords); *R. v. Coffin* (1954) 19 C.R. 222, p. 227 (Cour d'Appel du Québec); *R. v. Workman et Huculak* (1963) 1 C.C.C. 297 (Cour Suprême de l'Alberta); *Goodman and Carr and M. of N. Revenue* (1968) 2 O.R. 814 (Ontario High Court).
14. *Minter v. Priest* [1930] A.C. 558 (Chambre des Lords); Voir aussi *Hicks v. Rothermel* (1949) 2 W.W.R. 705 (Cour d'Appel de Saskatchewan) *Kulchar v. Marsh* (1950) 1 W.W.E. 272 (Cour d'Appel de Saskatchewan). Aussi: *R. v. Bencardino* (1974) 2 O.R. 2nd 351 (Cour d'Appel de l'Ontario).
15. Voir à ce sujet: *Minet v. Morgan* (1873) 8 Ch. App. 361 et la position adoptée par la Royal Commission of Inquiry into Civil Rights of the Province of Ontario, Toronto, 1968, n° 1, vol. 2, p. 819.
16. *Canary v. Vested Estates* (1930) 3 D.L.R. 989 (Cour Suprême de Colombie Britannique), voir aussi: *R. v. Macender* (1966) 1 C.C.C. 328, p. 338; *United States of America v. Mammoth Oil Co.* (1921) 2 D.L.R. 966 (Cour d'Appel de l'Ontario); MAUBER, «Privileged Communications and the Corporate Counsel» (1967) 28 Ala. Law Rev. 352.
17. Décision non rapportée de la Ontario High Court du 6 avril 1963. Voir les extraits publiés dans (1964) 7 Crim. Law Quart. 305, p. 316.
18. Voir: «Droit de la preuve et secret professionnel» dans Travaux du 4^{ième} Colloque international de droit comparé, Presses de l'Université d'Ottawa, 1967, p. 1 à 54; BOUZAT, «La protection juridique du secret professionnel en droit comparé» (1950) Rev. Sc. Crim. 541; HAMMELMAN, «Professional Privilege: a Comparative Study» (1950) 28 C.B.R. 750; BAUDOUIN, J.L. «Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve», Paris, Librairie Générale, 1965.
19. Sur la question en droit français, outre les traités de droit pénal classiques, voir: Encyclopédie Dalloz, Droit Pénal, Tome III, verbo: Secret Professionnel; Jurisclasseur de droit pénal, verbo: Violation du secret professionnel; PERRAUD-CHARMANTIER, «Le secret professionnel, ses limites, ses abus», Paris, Librairie Générale, 1926; LEGENDRI, R., «Secret médical et monde contemporain», Paris, Foulon, 1955.
20. Art. 378 Code pénal français: «Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes, dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors des cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 francs à 3000 francs. Toutefois, les personnes ci-dessus énumérées sans être tenues de dénoncer les avortements jugés par elles criminels dont elles ont eu connaissance à l'occasion de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent; citées en justice pour une affaire d'avortement, elles demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice, sans s'exposer à aucune peine. Les mêmes personnes n'encourent pas les peines prévues à l'alinéa 1^{er} lorsqu'elles informent les autorités médicales ou administratives chargées des actions sanitaires et sociales des sévices ou privations sur la personne de mineurs de quinze ans et dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession. Citées en justice pour une affaire de sévices ou privations, sur la personne de ces mineurs, elles sont libres de fournir leur témoignage sans s'exposer à aucune peine».
21. Art. 458 Code pénal belge.
22. Art. 458 Code pénal luxembourgeois.

23. Voir à ce sujet: LEGEALS, «La violation du secret professionnel» dans *Jurisque* de droit pénal, art. 378, n° 21 et s.
24. Cass. Crim. 19-12-1885, D.P. 86-1-86.
25. Voir notamment: LEGEALS, *op. cit.*, n° 17; ALMAZAC, R., «Les seules exceptions au principe du secret professionnel» *Gaz. Pal.* 1971 I. Doct. 113, REBOUL, «Cas limite du secret professionnel médical» *J.C.P.* 1950, Doct. 825.
26. Voir GULPHE, «Le secret professionnel en droit français», Rapport au Congrès de l'Association Henri Capitant, Beyrouth, 1974. Aussi LEGEALS, *op. cit.*, n° 17.
27. WIGMORE, *op. cit.*, n° 2380, p. 818 et s.
28. N.Y. Rev. Stat. (1828) ch. 7, art. 9, sect. 73.
29. WIGMORE, *op. cit.*, n° 2286, p. 533, n° 2394, p. 869 et s. Voir aussi autorités citées note 40.
30. Arts. 26, 27, 29 et 37.
31. Arts. 209, 213, 219, 220 à 223.
32. Art. V, Rules, 503, 504, 506. Ces règles ont cependant fait l'objet de très vives critiques. Voir notamment: KRATTENMAKER, «Testimonial Privileges in Federal Courts: An Alternative to the Proposed Federal Rules in Evidence» (1973) 62 *Georgetown Law J.* 61; ROTHSTEIN, «The Proposed Amendments to the Federal Rules of Evidence» (1973) 62 *Georgetown Law J.* 125.
33. Voir *supra*, p. 6 etc.
34. Voir *supra*, p. 6.
35. Voir *supra*, p. 6.
36. Sur la question, voir entre autres: NOKES, «Professional Privilege» (1950) 66 *Law Q. Rev.* 88; LABONTE, «Le secret de la confession devant les tribunaux». Thèse Université de Montréal, 1958; «Note on Privileged Communications to Clergymen» (1955) 1 *Cath. Law Rev.* 200; LYON, «Privileged Communications, Penitent and Priest» (1964) 7 *Crim. Law Q.* 327.
37. WIGMORE, *op. cit.*, no. 2396, p. 878.
38. Voir NOKES, *op. cit.*, p. 98 et s.
39. Sur le secret professionnel médical, voir entre autres: DE WITT, «Privileged Communications between Physician and Patient», Springfield Thomas, 1958; FREEMAN, «Medical Privilege» (1954) 32 *C.B.R.* 1; BALDWIN, «Confidentiality between Physician and Patient» (1962) 22 *Mod. Law Rev.* 181; BROCK, «Medical Privileges» (1967) 36 *Man. B. News* 122; BAUDOUIN, J.L. «Le secret professionnel du médecin, son contenu, ses limites» (1963) 41 *C.B.R.* 491.
40. Sur le secret professionnel du psychothérapeute, voir entre autres: GUTTMACHER et WEIKOFEN, «Privileged Communications between Psychiatrist and Patient» (1952) 28 *Ind. Law J.* 32; SLOVENKO, «Psychiatry and a Second Look at the Medical Privilege» (1960) 6 *Wayne L. Rev.* 175; «Psychotherapy, Confidentiality and Privileged Communication», Springfield Thomas, 1965. FISHER. «The Psychotherapeutic Professions and the Law of Privileged Communications» (1964) 10 *Wayne L. Rev.* 609; LOUISELL et SINCLAIR, «Reflection and the Law of Privileged Communications: The Psychotherapist-Patient Privilege in Perspective» (1971) 59 *Cal. Law Rev.* 30; MALONEY. «Psychiatrist-Patient Communications in Canadian Courts» (1971) *Mod. Med.* 9; KENNEDY, «The Psychotherapist Privilege» (1971) 12 *Wash. Law J.* 296.

41. LYON, «Privileged Communications between Penitent and Priest» (1964) 7 Crim. Law Q. 327, p. 328.
42. Proposed Federal Rules of Evidence, art. V, rule 504.
43. Voir supra ouvrages cités notes 19, 25 et 26 et LARGUIER, «Certificats médicaux et secret professionnel», Paris, Daloz, 1963.
44. C'est par exemple le cas prévu par la législation québécoise «*Loi de l'hygiène publique*» S.R.Q., 1964, ch. 161, art. 70; «*Loi des maladies vénériennes*» S.R.Q., 1964, ch. 168, art. 3, 4, 12. Voir aussi, «*Ontario Venereal Diseases Prevention Act*» R.S.O., 1960, ch. 415.
45. Voir: «Privileged Communications: Accountants and Accounting» (1968) 66 Mich. L. Rev. 1264.
46. Voir entre autres sur la question: KIRKPATRICK, «Privileged Communications in the Correction Services» (1964) 7 Crim. Law Quart. 305; BARNETT, and GRONEWOLD, «Confidentiality of the Presentence Report» (1962) 26 Fed. Prob. 26; «The Social Worker-Client Relationship and Privileged Communications» (1955) Wash. U. Law Q. 362; LEBLANC, P., «Privileged Communications and the Counsellor» (1972) 7 McGill J. of Education 11.

Commission de Réforme du Droit
Bibliothèque

June 23 1987

Law Reform Commission
Library

Commission de Réforme du Droit
Bibliothèque

Commission
de Réforme
du Droit

